UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

ÉTUDE

SUR

LE DROIT DES CRÉANCIERS

D'EXERCER

LES ACTIONS DE LEUR DÉBITEUR

(ACTIONS INDIRECTES ET ACTIONS DIRECTES)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

Louis BOSC

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1902

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547019_0008

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

PERSONNEL

MM. BRY, Doyen, professeur de *Droit romain.*

JOURDAN, professeur de *Droit civil*,

BOUVIER-BANGILLON, professeur de *Droit commercial*

LACOSTE, professeur de *Droit civil.*

VERMOND, professeur de *Droit romain.*

MOREAU, professeur de *Droit administratif.*

PERREAU, professeur d'*Economie politique.*

CÉSAR-BRU, professeur de *Droit civil.*

FERRON, agrégé, chargé des cours de *Procédure civile* et *Voies d'exécution.*

BABLED, agrégé, chargé des cours d'*Economie politique* et *d'Histoire des doctrines économiques.*

POLITIS, agrégé, chargé du cours de *Droit internationa public.*

BONNECARRÈRE, agrégé, chargé du cours de *Droit criminel.*

BROCARD, chargé du cours d'*Economie politique.*

ROMAN, chargé du cours *d'Histoire du droit français.*

TCHERNOFF, chargé du cours de *Principes du droit constitutionnel comparé.*

BARTHÉLEMY, chargé du cours d'*Eléments du droit constitutionnel.*

JOUGLA, *secrétaire.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

1551

ÉTUDE

SUR

LE DROIT DES CRÉANCIERS

D'EXERCER

LES ACTIONS DE LEUR DÉBITEUR

(ACTIONS INDIRECTES ET ACTIONS DIRECTES)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR

Louis BOSC

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1902

BIBLIOGRAPHIE

1° *Ouvrages relatifs au droit romain et à l'ancien droit.*

Accarias. — Précis de droit romain.
Basnage. — Traité des hypothèques.
Beaumanoir. — Les coutumes du Beauvoisis. Edition Beugnot.
Bonjean. — Traité des actions.
Bouteiller. — La Somme rurale. Edition Charondas le Caron.
Brillon. — Dictionnaire des arrêts.
Bruneau. — Des criées.
D'Aguesseau. — Discours.
Denizart. — Décisions nouvelles.
Domat. — Lois civiles.
Esmein. — Etude sur les contrats dans le très ancien droit français.
— Mélanges d'histoire du droit et de critique (année 1886).
Ginoulhiac. — Histoire générale du droit français.
Girard. — Manuel élémentaire de droit romain.
Ihering. — Esprit du droit romain (traduction Meulenaere).
— La lutte pour le droit.
Imbert. — Pratique judiciaire.
Keller. — De la procédure civile et des actions chez les Romains.
Lebrun. — Traité des successions.
Louet. — Recueil de plusieurs notables arrêts de tous les Parlements de France.
Loyseau. — Traité de déguerpissement.
Marculfe. — Formules.
Maynard. — Questions notoires.
Pothier. — Traité des obligations.
— Traité des successions.
— Introduction à la Coutume d'Orléans.
Poullain-Duparc. — Principes de droit français suivant les principes de Bretagne.
Tambour. — Traité des voies d'exécution contre les débiteurs.
Zimmern. — Traité des actions (traduction Etienne).

2° *Ouvrages relatifs au droit français actuel.*

Aubry et Rau. — Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ (4e édit.).
Baudry-Lacantinerie. — Traité théorique et pratique de droit civil.
— et **Barde.** — Des obligations.
— et **Wahl.** — Des successions.
— — — Du louage.
Beudant. — Cours de droit civil : les sûretés personnelles et réelles.
Bioche. — Dictionnaire de procédure civile.
Boulet et Dubouloz. — Code de la saisie-arrêt.
Capitant. — Introduction à l'étude du droit civil.
Carré et Chauveau. — Lois de la procédure civile.
Colmet de Santerre. — Cours analytique de Code Napoléon.
Couhin. — La propriété industrielle, artistique et littéraire.
Demolombe. — Cours de Code civil.
Delvincourt. — Cours de Code civil.
Duranton. — Cours de droit français suivant le Code civil.
Fenet. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.
Garsonnet. — Traité théorique et pratique de la procédure (1re et 2e édit.).
Gény. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.
Guillouard. — Traité de droit civil.
Huc. — Commentaire théorique et pratique du Code civil.
— Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances.
Lacoste. — De la chose jugée en matière civile, criminelle et administrative.
Larombière. — Traité théorique et pratique des obligations (2e édit.).
Laurent. — Principes de droit français (3e édit.).
Lefort. — Traité théorique et pratique du contrat d'assurance sur la vie.
Lyon-Caen et Renault. — Traité de droit commercial.
Malleville. — Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat (2e édit.).
Marcadé. — Explication théorique et pratique du Code civil.
Merlin. — Répertoire de jurisprudence.
Mourlon. — Répétitions écrites sur le Code civil (2e édit.).
Pigeau. — Commentaire sur le Code de procédure civile.

Planiol. — Précis de droit civil.
Pouillet. — Traité de la propriété littéraire et artistique.
Proudhon. — Traité des droits d'usage personnel, d'usufruit et d'habitation.
Roger. — Traité de la saisie-arrêt (2e édit.).
Rousseau et Laisney. — Dictionnaire de procédure civile.
Ruben de Couder. — Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime.
Saleilles. — Théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand (2e édit.).
Sourdat. — Traité général de la responsabilité et de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats.
Toullier. — Cours de droit civil suivant l'ordre du Code.
Troplong. — Le droit civil expliqué.
Weiss et Frennelet. — Théorie des obligations dans le répertoire : *Pandectes françaises*.

3° *Monographies. Thèses. Notes de jurisprudence.*

Arvet. — Thèse de doctorat (1872) : Sur l'action indirecte.
Auzière. — *Revue critique*, 1887 : Droits conférés à l'ouvrier par l'assurance collective contre les accidents (p. 450).
Balleydier. — *Revue critique*, 1886 : Des privilèges sur les créances et de leurs effets (p. 415, 523 et 568).
Bezin. — Thèse de doctorat (1897) : Essai sur la nature juridique de quelques actions dites directes.
Bœuf. — Thèse de doctorat (1898) : Etude sur l'action directe en matière de louage.
Boneval Faure. — *Revue critique*, 1888 : L'intervention passive ou forcée dite assignation en déclaration de jugement commun (p. 468-472).
Bonnier. — *Revue pratique*, t. 1, année 1856 : De la nature du droit établi par l'article 1166 du Code civil (p. 97).
Bourgeois. — Thèse de doctorat (1875) : Sur l'action indirecte.
Brugnon. — Thèse de doctorat (1894) : Des sous-locations et cessions de bail.
Coin-Delisle. — *Revue critique*, 1853 : Examen doctrinal sur l'article 1753 du Code civil (p. 749).
Cuny. — Thèse de doctorat (1889) : Des tiers.
Debrand. — Thèse de doctorat (1890) : De la notion de tiers.

Desjardins. — *Revue pratique*, 1867 : Sur l'acceptation bénéficiaire (p. 197).

— *Revue pratique*, 1870 : Sur le retrait litigieux (p. 265).

Dupuich. — Note D. 95.2.156.

Dupuis. — Note D. 90.2.97.

Garraud. — De la déconfiture.

Gaudemet. — Thèse de doctorat (1898) : Etude sur le transport de dettes à titre particulier.

Guillouard. — *Revue critique*, 1882 : De la sous-location et de la cession de bail (p. 178).

Kœnigswarter. — *Revue française et étrangère de législation*, année 1841 : Sur l'exercice par les créanciers des actions relatives à l'état des personnes (p. 689).

Labbé. — *Revue critique*, t. 9, année 1856 : De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier (p. 208).

— *Revue critique*, année 1876 : Des privilèges spéciaux sur les créances (p. 571 et 665).

— Note S. 81.2.21.

Lacoste. — Note S. 91.2.233.

Lagasnerie. — Thèse de doctorat. De la règle : « qui s'oblige oblige le sien ».

Lambert. — Du contrat en faveur des tiers, 1893.

Langlois. — Thèse de doctorat : Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence.

Lebel. — Thèse de doctorat (1885) : Sur l'action indirecte.

Lebourdellès. — Thèse de doctorat (1878) : Des droits exclusivement attachés à la personne et spécialement de l'exception de l'article 1166 du Code civil.

Lefort. — *Recueil périodique des assurances*, année 1888 : De l'exercice du droit de rachat d'une assurance sur la vie par les créanciers de l'assuré (p. 209).

Lévy. — Thèse de doctorat (1896) : Preuve par titre du droit de propriété immobilière.

Marcadé. — *Revue critique*, t. II : Examen doctrinal (sur la nécessité de la subrogation judiciaire), p. 341.

Massol. — *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, années 1882-1883, t. 31 : De la cessibilité des créances.

Mimerel. — *Revue critique*, t. V : Examen doctrinal (sur la nécessité de la subrogation judiciaire), p. 517.

Mispoulet. — Thèse de doctorat (1875) : Sur l'action indirecte.

Morillot. — *Revue critique*, 1872-1873 : De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant (p. 39).

Périer. — Thèse de doctorat (1884) : Sur l'action indirecte.
Pilon. — Thèse de doctorat (1897) : Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations.
Pousset. — Thèse de doctorat (1875) : Sur l'action indirecte.
Prieur. — Thèse de doctorat : Sur l'action indirecte.
Sauzet. — *Revue critique*, 1886 : Situation des ouvriers dans l'assurance collective contractée par le patron (p. 366).
Tarbouriech. — Thèse de doctorat : Des assurances contre les accidents du travail.
Taudière. — *Revue critique*, 1889 : Obstacles que rencontre l'exercice de l'action en partage d'une indivision (p. 208).
Thaller. — *Annales de droit commercial*, année 1890 : De l'action directe des ouvriers contre l'assureur dans l'assurance collective contre les accidents (p. 113).
Trencart. — *Revue critique*, 1872-1873 : De l'action directe accordée aux ouvriers par l'article 1798 du Code civil (p. 411).
Valabrègue. — *Revue critique*, 1889 : Du rôle des liquidateurs créés par la loi du 4 mars 1889 (p. 568).
Wahl. — Note S. 1900.2.395.
Yver. — Thèse de doctorat (1899) : Des sous-locations et cessions de baux.

4° Ouvrages relatifs à la législation comparée.

Anthoine de St-Joseph. — Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon.
Beltjens. — Les Codes belges annotés.
Dareste et Rivière. — Code général des biens pour la principauté de Monténégro.
De la Grasserie. — Les Codes suédois de 1734
Dupin. — Thèse de doctorat (1900) : De la faillite civile. Nécessité de son organisation. Etude de droit comparé et de législation.
Hafner. — Edition annotée du Code fédéral des obligations (introduction).
Hanotaux et Letourneux. — La Kabylie et les coutumes kabyles.
Huc et Orsier. — Le Code civil italien et le Code Napoléon.
Lehr. — Eléments de droit civil anglais.
— Eléments de droit civil russe.
Lepelletier. — Code civil portugais, traduit et annoté.
Levé. — Code civil espagnol, traduit et annoté.
Lyon-Caen. — La loi anglaise sur la faillite, du 25 avril 1883.

Prudhomme. — Code civil italien, traduit et annoté.
Rossel. — Manuel de droit civil de la Suisse romande.
— Manuel de droit fédéral des obligations.
Thaller. — Des faillites en droit comparé.

5° *Répertoires et recueils de jurisprudence*.

Dalloz. — Répertoire alphabétique (au mot Obligations) et Recueil de jurisprudence.
Fuzier-Hermann. — Répertoire général et alphabétique de droit français (au mot Créancier).
Sirey. — Recueil de jurisprudence.

INTRODUCTION

Parmi les qualités que l'on se plaît à reconnaître à notre Code civil français figurent en première ligne : la précision et la clarté. Il faut bien reconnaître cependant que certains articles ne sont pas exempts de quelques imperfections de rédaction, et que parmi les règles juridiques qu'ils édictent il en est qui sont libellées en des formules assez vagues et assez abstraites pour donner lieu aux difficultés d'interprétation les plus sérieuses.

C'est le reproche que nous pouvons adresser dès maintenant à la disposition législative de l'article 1166 du Code civil dont nous entreprenons l'étude. Ce texte reconnaît aux créanciers la faculté « d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ». Ainsi le législateur s'est contenté de poser le principe, à l'état brut, sans en réglementer ni les conditions d'exercice, ni les effets, et de ce laconisme que l'on a, non sans quelque raison, qualifié de « désespérant » sont nées de nombreuses controverses discutées quelquefois même avec passion soit en doctrine, soit en jurisprudence.

Tout peut-on dire a été discuté en notre matière, et l'on n'est guère d'accord que sur le fondement qu'il convient de reconnaître à la faculté de l'article 1166. Il ne faut pas d'ailleurs s'en étonner beaucoup. S'il est vrai en effet que « les lois sont des volontés », ainsi que le disait Portalis (1)

(1) Fenet, *Recueil des travaux préparatoires*, t. VI, p. 43.

dans son exposé des motifs du titre préliminaire du Code civil, s'il est vrai que les interprètes du droit sont liés par ces volontés lorsqu'elles se traduisent dans des textes clairs et précis, il faut bien reconnaître aussi qu'ils retrouvent toute liberté d'interprétation quand ils sont en face de dispositions législatives dont le laconisme et l'obscurité ne permettent pas de saisir la pensée du législateur. Aussi les auteurs ont usé dans la plus large mesure de cette liberté d'interprétation pour réglementer les conditions d'exercice et les effets de la faculté accordée aux créanciers d'exercer les droits et actions de leur débiteur. Chacun désigne l'action créée par l'article 1166 du Code civil par le vocable qui lui paraît le plus expressif et l'on entend parler tour à tour d'actions *indirectes*, *obliques*, *réflexes*, *subrogatoires* (1) ; chacun lui attribue une nature juridique différente ; et quand il s'agit de déterminer ses conditions d'exercice, ses effets, son domaine, c'est un chaos d'opinions contradictoires qui se heurtent et s'entrechoquent, essayant de se raccrocher à quelques idées dominantes sorties bien plus du cerveau des juristes commentateurs du Code, que de l'esprit des rédacteurs de la loi positive.

Ce sont ces difficultés mêmes qui font l'intérêt de l'étude que nous entreprenons et nous aurons aussi à envisager

(1) La dénomination de l'action est d'ailleurs dans notre droit sans valeur technique. Ce n'est que pour la commodité du langage que l'on a conservé l'usage de désigner les actions en se servant d'un nom propre. Imbert le constatait déjà au seizième siècle dans sa *Pratique judiciaire* (p. 85). « Aujourd'hui en ce royaume nous gardons la disposition du droit canonique car il n'est mestier d'exprimer le nom de l'action que l'on intente mais suffit seulement de déclarer le fait que l'on puisse en tirer bonne conclusion du droit du demandeur. »

l'attitude prise par la jurisprudence au milieu de ces divergences doctrinales. Disons dès maintenant que les tribunaux, sans beaucoup se préoccuper des controverses purement théoriques qui ont été soulevées en cette matière, se sont, avant tout, efforcés de réglementer la faculté accordée aux créanciers par l'article 1166, suivant les besoins de la pratique et en sauvegardant les intérêts de toutes les parties en cause. Grâce à la constance et à la fermeté de ses arrêts, cette jurisprudence a su s'imposer sur bien des points et réaliser dans une certaine mesure une unification toujours très désirable. Aussi parmi les controverses que nous aurons à exposer, il y en a qui appartiennent plus au passé qu'à l'époque actuelle, mais il ne sera pas sans intérêt de les rappeler afin de mettre en lumière le rôle de la jurisprudence en cette matière. Nous assistons en effet ici à un renversement des règles qui président en général à la formation du droit au point de vue pratique. Ordinairement lorsqu'une question de droit se présente en dehors de toute réglementation législative, les tribunaux sont appelés à la trancher en s'inspirant des situations de fait qui leur sont soumises. Puis quand quelques arrêts ont été rendus, la doctrine intervient : avec ces premiers éléments elle élabore une doctrine juridique que la jurisprudence accueille et qui servira désormais de base aux nouveaux arrêts. La réglementation des conditions d'exercice, et des effets de la faculté accordée aux créanciers par l'article 1166 du Code civil a au contraire soulevé une véritable lutte entre la doctrine et la jurisprudence. Les tribunaux n'ont jamais accepté les théories élaborées par les juristes et ont organisé une réglementation simple et pratique de la faculté que nous étudions.

Il sera intéressant de rechercher l'origine et les causes

de ces divergences qui se sont produites dans la doctrine, d'apprécier le rôle joué par la jurisprudence et la légitimité de ce pouvoir prétorien qu'elle s'est reconnu.

Mais ce n'est pas seulement à raison des difficultés qu'elle soulève que l'étude de l'article 1166 du Code civil offre de l'intérêt ; c'est aussi parce que cette disposition législative est d'une application constante dans la pratique. Il suffit d'ouvrir un recueil de jurisprudence pour constater que bien souvent les créanciers sont appelés à s'en prévaloir ; c'est qu'en effet cette théorie se rattache de la façon la plus étroite et la plus intime à une autre théorie plus importante et plus générale encore, celle du droit de gage qui appartient aux créanciers sur tous les biens de leur débiteur (art. 2092, 2093, C. civ.). En édictant l'article 1166 du Code civil le législateur a entendu mettre à la disposition des créanciers un moyen destiné à assurer l'efficacité de leur droit de gage et par suite leur paiement. C'est une même pensée, un même désir qui ont inspiré ces deux dispositions législatives. Elles se complètent, elles concourent vers un but unique : assurer le développement du crédit privé en fortifiant les droits des créanciers. Le droit civil peut et doit contribuer dans la plus large mesure à ce développement, car il est de toute nécessité pour assurer la prospérité d'une société que les obligations qu'engendrent les rapports sociaux soient fidèlement et ponctuellement remplies. Nous reviendrons sur cette idée en recherchant sur quel fondement rationnel est basé le principe posé par l'article 1166 du Code civil. Si nous l'avons dégagée dès maintenant, c'est uniquement pour mettre en lumière l'importance de la disposition législative dont nous entreprenons l'étude.

Indiquons maintenant à grands traits l'orientation de

cette étude. Nous nous trouvons en présence d'une formule légale sèche et obscure et il nous paraît nécessaire d'en rechercher tout d'abord l'origine historique. Cette origine précisée, nous nous efforcerons de montrer que le principe posé par l'article 1166 de notre Code civil est légitime et qu'il repose sur un fondement rationnel très solide. Nous essayerons de démontrer qu'il est au contraire inutile de rechercher la nature juridique de ce principe de droit et nous aborderons l'étude de sa réglementation. Nous étudierons ses conditions d'exercice et ses effets ; nous préciserons ensuite son domaine. Nous consacrerons un chapitre spécial à l'étude des cas où la faculté que l'article 1166 reconnaît aux créanciers cesse d'appartenir à chaque créancier individuellement pour passer à une seule personne qui les représente tous (1). Nous serons ainsi amené à dire un mot des avantages que présenterait l'organisation d'un régime de la déconfiture et à rechercher dans une étude de législation comparée aussi rapide que possible si les législations étrangères n'ont pas dans une certaine mesure rendu l'action indirecte inutile en réglementant la faillite civile. Enfin dans une dernière partie de notre thèse nous nous occuperons des cas où les créanciers se trouvent dans une situation privilégiée par rapport à celle que leur fait l'article 1166 du Code civil. Nous exposerons la théorie des actions dites « *indirectes privilégiées* » (2) ainsi que la théorie des actions dites « *directes* », et nous

(1) Ce côté de notre sujet a toujours été laissé dans l'ombre dans les monographies et les thèses qui traitent de l'action indirecte.

(2) Remarquons qu'il n'y a pas une seule action indirecte consacrée par l'article 1166 mais bien des actions indirectes. A chaque droit correspond une action, et l'action sera indirecte toutes les fois qu'elle sera intentée non pas par le débiteur mais par ses créanciers.

nous demanderons s'il n'est pas désirable et possible d'adopter une théorie unique, celle de l'action directe dans tous les cas.

Tel est brièvement résumé le plan que nous suivrons dans cette étude.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE, FONDEMENT ET BUT DE LA FACULTÉ ACCORDÉE AUX CRÉANCIERS PAR L'ARTICLE 1166 DU CODE CIVIL.

SECTION I. — **Origine et fondement.**

Nous avons indiqué en quelques mots dans notre introduction que le fondement de l'action indirecte devait être cherché dans le droit de gage général, collectif et imparfait que les articles 2092 et 2093 du Code civil reconnaissent aux créanciers sur tous les biens de leur débiteur. Il importe maintenant de préciser l'origine et la nature de ce droit de gage, de connaître en un mot le fondement de l'action indirecte avant d'en arriver à l'étude de cette action elle-même.

L'affectation légale du patrimoine d'une personne à l'exécution de ses obligations nous apparaît aujourd'hui comme une règle de haute justice, émanant bien plus de la raison naturelle que de la puissance législative. Quelle serait la valeur de l'œuvre du législateur si, après avoir réglementé avec le plus grand soin les conditions d'existence et de validité des contrats, après avoir déterminé les faits qui peuvent engendrer les obligations, il n'intervenait pas pour assurer l'exécution de ces obligations ? Aussi a-t-on voulu voir dans les articles 2092 et 2093 du Code civil la consécration d'un principe de droit naturel révélé par l'instinct même du droit et non par le développement

de l'esprit juridique. « C'est, dit Troplong (1), une de ces lois que la puissance publique ne fait pas mais qu'elle trouve créées par un pouvoir antérieur et qui ont leurs racines dans les entrailles même de l'humanité. » Cependant, bien que cette idée très profondément enracinée dans les mœurs et dans les consciences ait trouvé dans la doctrine des défenseurs dont les noms font autorité, nous ne la tenons pas pour pleinement exacte. A notre avis, le droit de gage général que les législations actuelles accordent aux créanciers sur les biens de leurs débiteurs n'a pas échappé à la loi de l'évolution qui régit toutes les institutions juridiques et la conception de ce droit, telle qu'elle se dégage du Code civil a été absolument étrangère aux législations primitives.

La thèse que nous soutenons n'est pas nouvelle. Elle a déjà été développée par Toullier (2). « Avant l'établissement de l'état civil, dit-il, l'homme ne pouvait obliger que sa personne ; il ne pouvait obliger ses biens qu'en les donnant en gage »... Puis examinant quels furent les effets de l'établissement de l'état civil, il nous dit « qu'il rendit la propriété stable et permanente, l'ordre des successions fixe et déterminé. Les biens qu'un citoyen possédait furent affectés de plein droit à l'accomplissement de ses engagements et devinrent le gage commun de tous ses créanciers ; c'est le sens de la maxime : « Qui s'oblige oblige le sien ».

(1) Troplong, *Commentaire du titre* XVIII *du Code civil, des privilèges et hypothèques*, t. I, n° 1. Dans le même sens : Pont, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. I, p. 3 ; Laurent, *Principes du droit civil français*, t. 29, n° 37 ; Dalloz, R. A., *Privilèges et hypothèques*, n° 112 ; Perier, th. doct., Toulouse, 1884, p. 124 et suiv. ; Fougerat, th. doct., Poitiers, 1897, p. 4 et suiv.

(2) Toullier, *Droit civil français*, t. 6, n^{os} 401 et suivants.

Sans essayer de préciser ce qu'il faut entendre par cette expression « établissement de l'état civil », nous allons étudier les origines et le développement de ce droit de gage, retracer brièvement les diverses phases de l'évolution qu'il a traversée. Cette étude préliminaire est indispensable pour connaître l'origine historique de l'action indirecte, parce que les dispositions législatives contenues dans les articles 2092 et 1166 procèdent d'une même idée et concourent vers un même but : rechercher l'origine de notre droit de gage général, c'est rechercher par là même l'origine de l'article 1166 du Code civil qui suppose l'existence de ce droit.

Plus précis que Toullier, nous soutenons que le droit de gage général existant de plein droit au profit des créanciers, est une conception ignorée du droit romain et du droit germanique et qui n'a été admise que par notre ancien droit.

Il est tout d'abord certain que cette conception d'un droit de gage existant *ipso jure* au profit des créanciers est incompatible avec les principes qui régissaient le droit de propriété dans les législations primitives. C'est une opinion aujourd'hui à peu près universellement admise que le Droit romain et le Droit germanique n'ont pas connu à leurs origines la propriété individuelle au moins dans toute sa plénitude. Or le droit de gage existant de plein droit au profit des créanciers suppose l'existence d'un patrimoine c'est-à-dire d'une universalité juridique comprenant un ensemble de droits et d'obligations reposant sur la tête d'une personne unique. Aux époques primitives à la propriété collective correspondaient des patrimoines collectifs, émanation d'une collectivité, tribu, clan, famille, et non d'un individu, et l'on ne pouvait

affecter ces masses de biens à l'exécution des obligations d'un seul membre de cette collectivité. Comme le dit très justement M. Huc (1): « Comment un créancier aurait-il pu poursuivre son paiement sur les biens de son débiteur alors que ce débiteur n'en était pas propriétaire exclusif? »

Ceci nous explique fort bien pourquoi dans toutes les législations primitives, chez les Hébreux (2), chez les Grecs (3), chez les Germains (4) et chez les Romains (5), les voies d'exécution ont été dirigées d'abord contre la personne du débiteur qui pouvait être emprisonné, réduit en esclavage, et même tué, et non sur les biens. A raison de cette rigoureuse contrainte le créancier devait s'efforcer de payer lui-même, et s'il ne pouvait le faire, déter-

(1) *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII n° 183, et *Traité de la cession et de la transmission des créances*, t. I, n° 74.

(2) S. Mathieu, ch.-18, verset 23.

(3) Plutarque, *Vie de Solon*, n° 20.

(4) Loi Salique, ch. 61.

(5) On a donné, il est vrai, d'autres motifs pour expliquer l'existence des voies d'exécution sur la personne dans le *Droit romain primitif*. Suivant Accarias (*Précis de droit romain*, t. II, 745, p. 685), c'est une conséquence engendrée par « l'abus de cette idée que nul ne peut être forcé à vouloir et à faire.. Le condamné refuse de payer ; on ne l'y contraindra pas ; il gardera donc ses biens mais on s'emparera de sa personne ». Et cet auteur ajoute « singulière logique qui, sous prétexte de respecter la volonté de l'homme, ne respecte ni sa vie, ni sa volonté et finalement lui enlève ou la volonté elle-même ou l'exercice légal de la volonté ». M. Girard (*Manuel élémentaire de droit romain*, p. 957-958) voit dans ces mesures d'exécutions dirigées contre la personne une suite naturelle de l'idée de vengeance. « Les gestes et les paroles qui constituent le rituel de l'action, dit-il, ne sont que l'expression futile de la conduite de l'homme qui se jugeant offensé par un autre s'empare de son ennemi..... » Il peut y avoir une idée exacte dans ces explications, mais elles ne nous paraissent pas valoir celle que l'on base sur la persistance de la propriété collective dans l'ancien droit romain.

miner les membres de la collectivité à laquelle il appartenait à intervenir pour assurer le paiement. Ainsi s'explique en droit romain la présence du *vindex* dans la procédure de la *manus injectio*, ainsi s'explique ce passage de la loi salique qui autorisait le créancier à mettre à mort son débiteur seulement *si nullus suorum per compositionem voluerit redimere, de vita componat.* Le but à atteindre était le même autrefois qu'aujourd'hui. On veut assurer dans la plus large mesure possible le paiement des créanciers, et par là même organiser le Crédit privé, mais il est impossible d'y arriver par les mêmes moyens aux différentes époques du droit, et la rigueur des voies d'exécution sur la personne nous apparaît moins comme la conséquence de la cruauté et de la barbarie des législations primitives que comme la conséquence nécessaire de l'existence du droit de gage général existant de plein droit au profit des créanciers (1). M. Esmein dans une monographie fort intéressante, intitulée « Débiteurs privés de sépulture » a mis nettement en lumière cette idée. Après avoir exposé la procédure de l'arrêt du cadavre « l'un de ces moyens de contrainte extraordinaires que les coutumes primitives mettaient à la disposition des créanciers », il conclut de la façon suivante : « Quoi qu'il en soit, partout où l'on constatera l'usage de ce moyen de contrainte on pourra, je crois trouver en cherchant bien qu'il coïncide avec une lacune dans le droit des obligations ou un vice dans l'Administration de la justice. Là où elle sera usitée, le droit du créancier si fortement armé sera trop faible sur certains points, ou bien le juge sera impuissant à assurer l'exécution des sentences. Il en est ainsi de toutes les voies d'exé-

(1) *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, p. 245 et suiv.

cution extraordinaires et exagérées que les anciennes coutumes permettent aux créanciers ; en cette matière le droit n'accorde le surplus que lorsqu'il refuse le nécessaire. »

Cette lacune dans le droit des obligations, dont parle M. Esmein, ce ne peut être que l'inexistence du droit de gage général accordé par notre Code civil à tous les créanciers. On a cependant invoqué à l'encontre de notre thèse un argument tiré de l'existence et de la nature juridique de la *pignoris capio*. Cette voie d'exécution sur laquelle on possède du reste fort peu de renseignements doit être envisagée comme une sorte de saisie opérée directement par les créanciers sur les biens de leur débiteur. M. Perier (1) en conclut que « cette existence de la *pignoris capio* concomitante à celle de la *manus injectio* prouve d'une manière irréfragable que l'obligation avait pour garantie les biens du débiteur et non sa personne physique ». L'argument n'est pas, à notre avis, aussi probant qu'on veut bien le dire. D'abord la *pignoris capio* occupait une place extrêmement restreinte parmi les voies d'exécution. Elle n'était admise que dans des cas très spéciaux et lorsque elle était autorisée par une loi ou une coutume. De plus elle appartenait en principe à l'État qui avait seul le droit de se faire justice à lui-même, et dans les cas très rares où elle avait été concédée aux particuliers, il faut y voir non pas une saisie privée, mais bien une délégation de la saisie publique (2).

On peut donc affirmer que le droit romain primitif n'a pas connu l'existence d'un droit général de gage portant directement sur les biens du débiteur, et il n'est pas pos-

(1) Thèse doct., p. 22.
(2) Girard, *op. cit.*, p. 955-956

sible de retrouver à cette époque trace d'une institution analogue à l'action indirecte de l'article 1166 du Code civil.

Si nous envisageons maintenant le droit romain de l'époque classique, nous allons voir que la même solution s'impose. Sans doute une évolution s'est produite dans la procédure. Les voies d'exécution sur la personne physique ont beaucoup perdu de leur importance (1), et ont cédé le pas aux voies d'exécution sur les biens, sous l'influence de plus en plus grande du préteur. Avec la procédure de la *venditio bonorum* la législation romaine a connu l'existence d'un véritable droit de gage. Mais ce *pignus prætorium* n'offre qu'une analogie bien lointaine avec le droit de gage existant *ipso jure* que notre législation reconnaît aux créanciers. « Le gage général admis en droit français, dit M. Massol (2), n'existait pas à Rome. Le créancier qui se plaignait que le débiteur manquait à ses engagements pouvait s'adresser au préteur pour être mis en possession de ses biens. Il résultait de cet envoi un gage prétorien : « *Non est mirum si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit pignus constitui* » (Loi 26, titre 7, livre 12, Digeste. *De Pigneratitia actione*). Une importante différence sépare donc notre droit de gage actuel du droit de gage prétorien du droit romain classique. Celui-ci est subordonné à l'intervention du préteur, celui-là existe *ipso jure*, par ce seul fait qu'une

(1) Elles n'ont pas d'ailleurs complètement disparu puisque ce n'est que vers la fin du V^e^ siècle que le *carcer publicus* a été substitué au *carcer privatus* (Girard, *op. cit.*, p. 1013 ; Accarias, *op. cit.*, t. II, n° 780).

(2) Massol, De la cessibilité des créances. *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, années 1882-83, p. 99.

obligation existe à la charge du débiteur. Ajoutons qu'en droit romain ce droit de gage existait au profit de la masse chirographaire tout entière représentée par le *curator bonorum* chargé de liquider le patrimoine du débiteur insolvable. Au contraire le droit de gage existe dans notre droit au profit de chaque créancier pris individuellement.

Comment expliquer ces différences qui séparent la législation romaine et notre législation actuelle ? Elles proviennent, à notre avis, d'une conception différente de l'obligation. En droit romain l'obligation revêt un caractère étroitement personnel : c'est un lien de droit, un rapport juridique unissant deux personnes nettement déterminées, mais rien de plus. Cette conception s'est modifiée avec le temps. Aujourd'hui encore on peut dire, il est vrai, que l'obligation est un lien de droit existant entre deux personnes, mais c'est aussi et surtout un lien existant entre deux patrimoines. Et cette conception nouvelle tend de plus en plus à s'affirmer sous sa forme la plus absolue, si bien qu'on n'hésite plus aujourd'hui à dire « que la personne n'est que l'organe du patrimoine » (1), ou encore « que le créancier et le débiteur ne sont plus que les représentants juridiques de leurs biens (2).

Cette conception différente de l'obligation en droit romain et en droit français explique donc fort bien pourquoi un droit de gage général n'existait pas de plein droit au profit des créanciers. Le lien de droit ne liait que les per-

(1) Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, Caen, 1897.

(2) Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Dijon, 1898. Comp. Planiol, *Précis de droit civil*, t. II, p. 131, note 1, — et Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 468, note 3.

sonnes, et pour créer un droit de gage au profit du créancier une convention spéciale était nécessaire, et à défaut le magistrat devait intervenir.

Remarquons que tout ceci est absolument conforme à l'esprit du droit romain et au principe de la simplicité du rapport juridique. « Nous pouvons affirmer, dit de Ihering, sans hésiter qu'aucun acte du droit ancien ne produisit en même temps un effet réel et un effet obligatoire (1). » L'obligation ne pouvait donc pas engendrer un double lien de droit, un double rapport juridique, entre le créancier et le débiteur d'une part, entre les deux patrimoines d'autre part. Ces deux rapports ne pouvaient être établis qu'au moyen de deux actes juridiques : le contrat émanant des parties et la *missio in possessionem* émanant du magistrat.

On voit donc que si le droit de gage existe entre droit romain à l'époque de la procédure formulaire, il existe très différent de notre droit de gage actuel tel qu'il est organisé dans les articles 2092 et 2093 du Code civil ; c'est aussi en se soumettant à des conditions très spéciales et toutes différentes des conditions aujourd'hui nécessaires que les créanciers pourront exercer les droits et actions de leur débiteur. Nous verrons même qu'ils n'ont jamais pu exercer ces actions eux-mêmes, mais ont toujours été obligés de recourir à un intermédiaire, à un représentant, le *curator bonorum*.

On a cependant soutenu que le principe de l'article 1166 nous vient directement de la législation romaine. Dans notre ancien droit, Domat rattachait déjà très nettement la faculté accordée aux créanciers d'exercer les actions de leur débiteur au droit romain. « Il est naturel, dit-il, et

(1) *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 139 (Traduct. Meulenaere).

de notre usage, et des règles mêmes du droit romain que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur comme il est dit à la loi 1 au Code *De prætorio pignore* ». Dans notre droit actuel cette doctrine a été également développée par M. Labbé (1) et elle se trouve reproduite dans la plupart des thèses de doctorat écrites sur notre sujet (2).

On ne va pas en général jusqu'à faire remonter la faculté accordée aux créanciers à l'époque de la procédure des actions de la loi. On veut bien reconnaître qu'à cette époque primitive la rigueur des voies d'exécution sur la personne physique rendait cette faculté inutile. D'ailleurs un texte très net d'Ulpien (3) nous indique que jusqu'à l'époque à laquelle vivait ce jurisconsulte, le magistrat ne pouvait, pour assurer l'exécution d'un jugement, constituer un droit de gage au profit des créanciers sur les droits et actions du débiteur.

Mais on soutient que la faculté d'exercer les actions du débiteur aurait existé dans le droit romain de l'époque classique telle qu'elle est comprise aujourd'hui. Sans entrer dans une étude complète de la procédure, nous devons pour discuter cette opinion jeter un coup d'œil sur les voies d'exécution qui appartenaient à cette époque aux créanciers. Le créancier qui avait obtenu un jugement de condamnation contre son débiteur et qui ne pouvait obtenir son paiement devait s'adresser au prêteur qui lui accordait la *missio in possessionem*. Par là le magistrat affectait le

(1) Labbé, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1856, t. IX : *De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier*, p. 209, n° 4 et suivants.

(2) Thèses doctorat de MM. Arvet, Lebel, Pousset, Périer (p. 94).

(3) Loi 15, paragraphe 8, Digeste, livre 42, titre 1.

patrimoine tout entier du débiteur à l'exécution de son obligation, créait au profit du créancier un véritable droit de gage. Mais comme cette situation pouvait se prolonger, comme d'autres créanciers poursuivants pouvaient s'adjoindre au premier, ces créanciers devaient procéder à la nomination d'un *curator bonorum* chargé de veiller à la conservation et à la liquidation du patrimoine du débiteur. A cet effet il pouvait exercer les droits et actions du débiteur et c'est ce que nous dit Ulpien : *Eisque actiones et in eos utiles competunt* (1). Ainsi les créanciers ne peuvent pas exercer les actions du débiteur eux-mêmes, mais seulement par l'intermédiaire d'un représentant. De plus, pour que ce représentant puisse agir, il faut que la *missio* ait été ordonnée par le préteur. Ce sont là des différences très remarquables qui séparent la législation romaine de notre législation actuelle. On a, il est vrai, soutenu que la nomination du *curator* était facultative et que les créanciers pouvaient administrer et liquider eux-mêmes le patrimoine du débiteur. Mais la loi 14. Pr. Digeste *De reb. auct. judic.* indique formellement que l'intermédiaire du *curator* sera obligatoire pour exercer les actions du débiteur (2). Ceci prouve donc bien que les créanciers n'avaient pas le droit d'exercer les actions de leur débiteur et que seul le *curator* dont le choix avait été ratifié par l'autorité du magistrat pouvait accomplir un acte aussi important.

Si maintenant nous passons de la procédure formulaire

(1) Loi 1, § 1, Digeste. Livre 42, t. VII *De curatore bonis dando.* La suite de la procédure de la *Venditio bonorum* offre moins d'intérêt pour notre sujet : Des affiches sont apposées et après certains délais le préteur nomme un *magister* chargé de dresser le cahier des charges et d'opérer la vente en bloc et aux enchères du patrimoine du débiteur.

(2) Accarias, *op. cit.*, t. 2, p. 764, n° 784.

à la procédure extraordinaire, nous constaterons que les mêmes principes sont restés en vigueur et que les créanciers n'ont pas d'autres droits, quoiqu'on ait soutenu le contraire.

Les voies d'exécution ont été, il est vrai, modifiées. La *distractio bonorum* a remplacé la *venditio bonorum*. La vente en bloc du patrimoine du défunt a été avantageusement remplacée par des ventes successives, mais l'envoi en possession constitutif du droit de gage est resté le préliminaire indispensable de la *distractio bonorum*, et la nomination d'un *curator* est toujours requise quand il s'agit d'exercer les actions du débiteur. On a cependant soutenu que la présence de ce curateur d'abord indispensable avait fini par devenir inutile et à l'appui de cette thèse on a invoqué la novelle 135 de Justinien (1). On en conclut que dans le dernier état du droit romain les créanciers pouvaient exercer les actions de leur débiteur aussi librement qu'aujourd'hui en vertu de l'article 1166 du Code civil. A notre avis, cette conclusion est contraire aux textes romains. D'abord ni la novelle 135 ni aucun texte du Digeste ne supprime la formalité préliminaire de l'envoi en possession. Et d'ailleurs cette novelle n'a nullement pour but de réglementer les conditions dans lesquelles un créancier peut exercer les droits et actions de son débiteur, mais de prévenir le retour de certaines injustices et vexations. Si une modification aussi importante dans les règles de la procédure avait été admise, nous la trouverions certainement mentionnée dans les textes et on ne peut en citer aucun qui soit formel à cet égard.

Nous allons maintenant confirmer la thèse que nous sou-

(1) Périer, th. doct., p. 78 et 79.

tenons en étudiant la voie d'exécution connue sous le nom de *pignus ex judicati causa captum* qui est la saisie du droit commun dans le dernier état du droit romain, et qui d'ailleurs avait été admise à titre exceptionnel à l'époque de la procédure formulaire depuis Antonin le Pieux. Elle trouvait son application quand le créancier se trouvait en présence d'un débiteur solvable mais qui refusait l'exécution d'une obligation ou d'une sentence. Il était alors inutile de recourir à la *distractio bonorum* et de saisir le patrimoine tout entier du débiteur, mais il suffisait de s'emparer d'objets particuliers composant le patrimoine. Cette saisie, les créanciers ne pouvaient la pratiquer eux-mêmes, directement (1). Ils devaient s'adresser au magistrat qui donnait l'ordre à ses *officiales* de s'emparer de certains biens appartenant au débiteur et qu'il désignait. Cette prise de gage pouvait porter sur tous les éléments actifs composant le patrimoine du débiteur et notamment sur les droits de créance dont il était titulaire. Mais un certain ordre devait être observé par le magistrat ; il devait désigner d'abord les meubles, et à défaut de meubles, les immeubles. Puis s'il n'y avait aucun bien corporel dans le patrimoine du débiteur, le magistrat pouvait constituer en gage au profit du créancier les créances (L. 15 § 8, Digeste, liv. 42, t. 1, *De re judicata*). Mais comment les *officiales* vont-ils réaliser les créances. La loi 15 précitée § 10 pose la question et formule la réponse : « Que feront les officiers du

(1) Il en était autrement pour le fisc ; il agissait lui-même en vertu du privilège général qu'il avait sur tous les biens de ses débiteurs, sans avoir besoin de demander au magistrat une constitution de gage préalable. Il est curieux de constater que la notion d'un droit de gage existant *ipso jure* a été acceptée dans cette mesure par les jurisconsultes romains qui y voyaient un privilège.

magistrat? Intenteront-ils l'action contre les tiers obligés envers le débiteur exécuté et le forceront-ils au paiement, ou bien vendront-ils les créances? Ils feront ce qu'il sera le plus convenable de faire pour atteindre le but qu'ils poursuivent (1). » Mais cette même loi dans son § 9 prévoyant le cas où les droits prétendus contre des tiers seront contestés par ceux-ci, il y a lieu de se demander alors si les *officiales* pourront soutenir le procès. C'est tout à fait l'hypothèse où dans notre droit actuel les créanciers pourront se prévaloir de l'article 1166 du Code civil. Voyons comment elle a été réglementée suivant le droit. M. Labbé (2) déclare que c'est alors le cas de faire nommer un curateur qui exercera les actions. « Cette combinaison, dit-il, est indiquée par la glose sur la loi 2, C. 4, 15 : *Si quæras quid si malitiose negat* (le tiers contre lequel le débiteur prétend avoir un droit)? *Respondeo* : *dabitur curator bonis qui actiones moveat et exerceat.* » Ainsi en droit romain, même à l'époque de la procédure extraordinaire les créanciers n'ont jamais pu eux-mêmes et directement exercer les droits et actions de leur débiteur ; l'intermédiaire du *curator bonorum* a toujours été nécessaire.

Ce rapide examen des voies d'exécution nous permet donc de conclure que le droit romain n'a jamais connu une faculté semblable à celle que l'article 1166 reconnaît aux créanciers. Il n'y a entre ces deux législations que des analogies lointaines. « On chercherait vainement, disent

(1) Tambour, *Des voies d'exécution contre les débiteurs*, t. I, p. 402.

(2) Labbé, *Rev. crit.*, n° 8, p. 211-212. *Contra* : Périer, th. doct., p. 84, qui invoque l'autorité de Doneau pour décider que dans ce cas le créancier devra établir devant le magistrat l'existence du droit de son débiteur. Cette doctrine est absolument contraire à la glose citée par M. Labbé.

MM. Fuzier-Hermann (1), dans le droit romain l'origine de la règle d'équité consacrée par l'article 1166. Le droit strict y tenait une trop grande place, les règles du mandat y étaient trop précises pour laisser passer une facilité aussi exorbitante. Il y avait d'ailleurs dans cette législation une conception de la personnalité humaine trop différente de la nôtre pour qu'on éprouvât le besoin de protéger le créancier de cette façon. Ce n'est pas à dire qu'à Rome au moins dans le dernier état de la législation on ait refusé aux créanciers le droit d'agir aux lieu et place du débiteur, et qu'on ait distingué les actions personnelles comme l'*actio injuriarum*, mais l'exercice de ces actions impliquait toujours la mise en mouvement d'un mécanisme compliqué et d'une sorte de cession de droits. »

S'il est impossible de rattacher au droit romain la disposition législative que nous étudions, ne peut-on pas du moins attribuer son origine au droit germanique? Notre ancien droit coutumier connaissait l'action indirecte, nous l'établirons plus loin, mais il est lui-même le produit d'un double courant : le courant romain et le courant germain, et l'on peut dès lors se demander si le droit germanique n'est pas le berceau de notre disposition législative.

Nous ne le croyons cependant pas, et la raison que nous en donnons c'est que le droit germain n'a pas plus connu un droit de gage existant *ipso jure* au profit des créanciers que le droit romain. C'est là un point certain si l'on se place à l'époque primitive où les terres appartenaient à la tribu et faisaient l'objet des partages annuels dont parle Tacite. Nous avons en effet déjà établi que le droit de gage, tel que nous le concevons aujourd'hui, est incompatible

(1) *Répertoire alphabétique*, V° *Créancier*, n°s 9 et 10.

avec le régime de la propriété collective. Mais cela est encore vrai si l'on se place à une époque postérieure. C'est qu'en effet la notion du droit de gage tel que nous le concevons aujourd'hui est trop complexe et trop subtile pour avoir été admise par la législation germaine qui reconnaissait l'impuissance des contrats à produire autre chose que des créances. Pour engendrer un droit de gage sur les liens du débiteur l'obligation ne suffisait pas ; il fallait un acte juridique spécial : c'était l'ensaisinement de tous ses biens consenti par le débiteur au créancier suivant les formes de la *festucatio* dans le *mallum* en présence des membres de la famille (1). Mais ce n'est qu'à la suite d'une longue évolution que cet engagement de tous les biens est devenu tacite et que le droit de gage est né *ipso jure* par le seul fait de la création d'une obligation. Retraçons en quelques mots cette évolution. Cet usage de constituer en gage le patrimoine entier du débiteur passa du droit germanique dans notre ancien droit coutumier.

Il devait donner naissance à l'hypothèque générale des actes notariés et à l'adage : qui s'oblige oblige le sien. C'est vers le XIII[e] siècle que cet usage s'introduisit dans notre ancienne jurisprudence sous le nom « d'*obligatio bonorum* » (2). Par cette clause qui tendait à devenir de plus en plus fréquente dans les actes, le débiteur affectait tous ses biens à la garantie de la dette. Une convention de précaire l'accompagnait à l'origine afin de permet-

(1) Huc, *Traité de la cession et de la transmission des créances*, t. I, n° 74.

(2) Voyez sur l'origine et le développement de la clause d'engagement l'ouvrage de M. Esmein, *Etude sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 177 et suiv. Comp. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Du nantissement des privilèges et hypothèques*, t. I, préface, p. 16 et suiv.

tre au débiteur de conserver la possession de ses biens (1). C'était là une source de crédit très appréciable, surtout à cette époque où les voies d'exécution nécessitaient des procédures longues et compliquées et ne portaient guère que sur les meubles. Aussi la « *clause d'obligation* » prit très rapidement une importance considérable. On la retrouve à la fin de tous les actes notariés, si bien qu'on la considère bientôt comme une clause de style (2). Dès lors le droit de gage existait *ipso jure*, résultant en quelque sorte d'un engagement tacite. Telle est l'origine de l'adage (3) : « Qui s'oblige oblige le sien » dont la formule de l'article 2092 du Code civil n'est en somme que la traduction.

Ainsi c'est seulement dans notre ancien droit que l'action indirecte a pu naître et se développer dans les conditions où elle est admise par votre législation actuelle (4). Si on veut placer son origine plus haut dans le passé il faut bien noter que les conditions d'existence de cette action ont dû être forcément différentes et nous aurons à rappeler ce résultat quand nous étudierons les conditions d'exercice de la faculté de l'article 1166. Disons aussi que c'est plutôt au droit germanique qu'au droit romain qu'il conviendrait de rattacher l'origine historique de l'action indirecte. D'abord c'est l'usage de l'ensaisinement des biens du débiteur qui a engendré dans notre ancien droit la clause d'obligation. De plus le droit franc à la différence

(1) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, édit. Beugnot, XXXV, 20.

(2) Loyseau, *Traité du déguerpissement*, l. II, ch. 1, n° 5.

(3) Basnage, *Traité des hypothèques*, p. 30.

(4) M. Planiol (*Précis de Droit civil*, t. II, n° 298) paraît admettre cette solution quand il déclare : « La façon dont cette faculté s'est introduite dans notre droit n'est pas connue ».

du droit romain ne connaissait pas de procédure collective analogue à la *venditio bonorum* pour réaliser le patrimoine du débiteur. Les voies d'exécution appartenaient à chaque créancier spécialement, individuellement, et c'était chaque créancier qui pouvait individuellement exercer les actions du débiteur après l'ensaisinement, ainsi que nous l'indiquent les formules de Marculfe (1).

Laissons maintenant de côté les origines lointaines de l'action indirecte, et voyons comment, le principe de l'action une fois admis dans l'ancien droit, ce principe s'est développé. La première application paraît avoir été faite par la coutume de Normandie dans son article 278 (2) : « Avenant que le débiteur renonce ou ne veuille accepter la succession qui lui est échue, ses créanciers pourront se faire subroger en son lieu et droit pour l'accepter et être payés sur la dite succession jusqu'à concurrence de leur dû, selon l'ordre de priorité ; et s'il reste aucune chose les dettes payées, il reviendra aux héritiers les plus prochains après celui qui a renoncé. » Cet article 278 de la coutume de Normandie est certainement la source à laquelle a été puisé l'article 788 de notre Code civil, et nous verrons que cet article 788 est une application de l'action paulienne et

(1) Marculfe, *Formules* 18 et 21, livre II.

(2) Lebrun, dans son *Traité des successions*, livre II, ch. II, sect. II, n° 42, indique comment la règle posée par l'article 278 de la coutume de Normandie s'était introduite dans la coutume : « La malice des hommes allant toujours en augmentant on a jugé à propos de secourir en ce cas les créanciers ; et d'abord ils faisaient condamner les débiteurs à se porter héritiers en leur donnant bonne et suffisante caution de les indemniser et garantir de tout événement, et qu'ils ne seraient point tenus au delà des forces de la succession : et dans la suite on a trouvé le moyen de les subroger aux lieu et place de leurs débiteurs et par là on les a dispensés de ce cautionnement qui paraissait trop général et trop indéfini. »

non de l'action indirecte. Mais l'article 278 de la coutume prévoit aussi une hypothèse qui est étrangère à l'article 788 de notre Code civil, et qui rentre bien dans le cadre de l'action indirecte : c'est le cas où le débiteur ne veut pas accepter la succession, où il reste dans l'inaction, cas tout différent de celui où il a renoncé en fraude des droits de ses créanciers.

Le principe de l'action indirecte une fois admis ne devait pas tarder à trouver de fréquentes applications. La théorie a été alors réglementée par nos anciens jurisconsultes qui se sont trop souvent inspirés du droit romain ; sans bien se rendre compte de l'évolution qui s'était produite dans la notion du droit de gage, ils se prévalaient de quelques lois romaines pour entourer l'exercice de la faculté qu'ils accordaient aux créanciers de formes embarrassantes et inutiles. Nous n'insistons pas actuellement sur cette réglementation, nous y reviendrons en étudiant les conditions d'exercice de l'action indirecte. Indiquons seulement que c'est à notre ancien droit que les rédacteurs du Code civil se sont référés quand ils ont rédigé l'article 1166 du Code civil. Dans les discussions qui ont précédé la rédaction de notre Code ce texte est passé à peu près inaperçu, et parmi les observations faites par les tribunaux sur le projet de l'an VIII il ne s'en trouve aucune qui se rapporte à notre disposition législative. Quant à la rédaction elle-même de l'article 1166 elle n'a subi qu'une modification sans grande importance. En effet dans le projet de l'an VIII elle était ainsi conçue : « Néanmoins les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux qui ne sont fondés que sur une exception purement personnelle (1). »

(1) Fenet, *op. cit.*, t. II, p. 168.

Le tribunal de cassation proposa une rédaction nouvelle qui devint la rédaction définitive : « Néanmoins les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux qui sont spécialement attachés à la personne (1). Les travaux préparatoires sont muets sur les motifs de ce changement. A notre avis, on a voulu, afin de bien manifester le dessein de n'apporter aucun changement à notre ancien droit sur cette matière, reproduire à peu près littéralement ce passage de Lebrun : « Régulièrement le créancier peut exercer tous les droits et actions de son débiteur et s'y faire subroger à cet effet quand le débiteur refuse de les exercer lui-même parce que ce refus passe pour une fraude manifeste... Il faut pourtant avouer qu'il y a certains droits qui sont tellement attachés à la personne que les créanciers ne les pourraient pas exercer (2) ».

Nous avons ainsi recherché les origines de notre droit de gage tel que le conçoit l'article 2092 du Code civil et de la faculté que l'article 1166 du Code civil reconnaît aux créanciers. Que peut-on conclure de cet examen historique.

Une première remarque s'impose : il ne faut pas chercher dans le droit romain la solution des difficultés que l'article 1166 peut faire naître. Si les créanciers pouvaient dans la législation romaine exercer par l'intermédiaire d'un représentant les droits et actions de leur débiteur, il n'en reste pas moins vrai que cette faculté était subordonnée à des conditions très particulières qui n'auraient plus leur raison d'être aujourd'hui, à raison de l'évolution survenue dans la conception du droit de gage.

(1) Fenet, *op. cit.*, t. II, p. 587.
(2) Lebrun, *Successions*, livre II, ch. II, sect. II, n^{os} 42 et 43.

Mais quelle peut être en cette matière l'autorité de notre ancien droit ? On serait tenté au premier abord de lui attribuer une importance considérable.

Nous avons reconnu en effet que les rédacteurs du Code civil s'étaient inspirés dans une très large mesure de nos anciens jurisconsultes et que la formule de l'article 1166 n'était en somme que la reproduction d'un passage de Lebrun. Cependant nous voudrions mettre en garde dès maintenant contre une tendance dangereuse qui consiste à reconnaître aux anciennes coutumes une autorité absolue en présence du silence de la loi positive. Sans doute il faut tenir compte des enseignements du passé et la recherche historique constitue toujours un guide sûr pour l'interprète ; mais ce serait une erreur de croire que l'autorité de la Tradition est absolue et qu'on doit l'accepter et la suivre sans la discuter jamais. « Dans le domaine embrassé par nos codifications, dit M. Gény (1), les traditions antérieures à chacune de ces codifications ne conservent pas aujourd'hui la force créatrice qu'elles avaient autrefois. Et si l'interprète peut et doit s'en servir pour éclairer ses recherches et diriger son jugement, il ne doit ni ne peut les considérer comme des autorités qui par elles-mêmes et à elles seules justifieraient suffisamment sa décision. Non seulement ces autorités restent discutables comme telles, mais elles ne puisent leur efficacité juridique que dans le bien fondé des vues sur lesquelles elles reposent. Et dans toute la force du terme on peut dire d'elles en employant les expressions du procureur général Dupin qu'elles ne valent que *rationis imperio* et non pas *ratione imperii*. » Voilà dans quelle mesure on doit tenir compte de l'auto-

(1) Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 407 et 408.

rité de la tradition. Il ne suffit pas en effet de jeter les yeux sur le passé, il faut aussi et surtout envisager le présent et ne pas oublier que les règles du droit doivent toujours rester conformes aux besoins sociaux.

SECTION II. — But de la faculté accordée aux créanciers par l'article 1166 du Code civil.

Le droit de gage que les articles 2092-93 du Code civil reconnaissent aux créanciers sur tous les biens de leur débiteur ne présente aucune analogie, le nom mis à part, avec la sûreté réelle que le législateur a organisé et réglementé dans le titre XVII du Livre III du Code civil : « Du nantissement ». Il constitue bien, lui aussi, une sûreté mais cette sûreté est extrêmement fragile et imparfaite. Et c'est précisément à l'une de ces imperfections que l'action indirecte a pour but de remédier. Nous devons donc exposer les causes de la fragilité du droit de gage des créanciers et indiquer comment elle est atténuée par la loi.

Cette fragilité provient tout d'abord de ce que le débiteur n'est pas dessaisi de ses biens, dépossédé au profit de ses créanciers. Du jour où naît l'obligation, l'exécution de cette obligation se trouve garantie par son patrimoine tout entier, mais son droit de libre disposition de ses biens reste intact. Ses créanciers ne peuvent se plaindre des aliénations par lui consenties, tant qu'elles ne sont point entachées de fraude à leur égard. C'est que ce droit de gage porte non pas sur tel ou tel bien déterminé, mais sur le patrimoine tout entier envisagé en tant qu'universalité juridique, et dont la valeur peut varier à l'infini.

Soumis aux mêmes variations que le patrimoine, ce droit de gage produira des effets utiles si au jour de l'exécution

le débiteur est propriétaire de biens saisissables ; dans le cas contraire, le droit du créancier restera purement théorique.

Ce droit de gage est encore imparfait à un autre point de vue. C'est qu'il ne constitue pas un droit exclusif au profit d'un créancier déterminé. Tous les créanciers sont investis d'un droit égal sur le patrimoine de leur débiteur ; quelle que soit la date de leurs créances, ils viennent en concours et au même rang. Or, comme le débiteur reste libre de gérer son patrimoine à sa guise, comme il peut par des obligations nouvelles augmenter son passif, l'efficacité du droit de gage des créanciers est essentiellement variable et peut être réduite au néant.

En résumé la garantie que le droit de gage confère aux créanciers est des plus précaires puisque, par des aliénations non frauduleuses, par la création de nouvelles dettes il peut l'anéantir complètement. Et c'est précisément pour obvier à ces inconvénients que le législateur a créé les sûretés personnelles et les sûretés réelles qui permettent aux créanciers peu confiants d'assurer plus efficacement la réalisation de leurs droits. Mais si les créanciers confiants dans le crédit de leur débiteur, quelquefois même imprévoyants, ne stipulent aucune garantie spéciale et suivent la foi de leur débiteur, alors ils s'exposent aux dangers que nous avons signalés, et à voir leur droit de gage efficace aujourd'hui ne plus l'être demain. Si cette idée avait été poussée jusque dans ses plus extrêmes conséquences, elle aurait nécessairement conduit le législateur à laisser les créanciers entièrement désarmés en présence de la mauvaise foi ou de la négligence de leur débiteur. Fallait-il aller jusque-là ? C'était un problème de législation à trancher. D'une part il fallait respecter le droit dont jouit toute

personne dans une nation civilisée : de disposer librement de ses biens. D'autre part il aurait été rigoureux, injuste même de laisser les créanciers dépourvus de toute protection. Faire du droit de gage une garantie aussi imparfaite, c'eût été ruiner la confiance des créanciers, porter une atteinte au crédit du débiteur lui-même. Le législateur devait donc intervenir pour équilibrer les intérêts contraires en présence, en réglementant d'une manière précise ce droit de gage. Tout en sauvegardant dans une large mesure le droit de disposition du propriétaire, il s'est efforcé d'assurer une protection efficace du droit des créanciers. Mais les mesures prises dans ce but par le législateur sont un peu éparses dans nos Codes et cette réglementation ne peut être présentée dans un ensemble concordant que si l'on veut bien rapprocher certaines dispositions législatives.

Le but final vers lequel tendent les créanciers c'est : obtenir l'exécution de l'obligation. Si cette exécution n'a pas lieu volontairement, le créancier a le droit d'exiger dans la mesure du possible l'exécution forcée. C'est là son droit principal, droit inhérent à sa qualité de créancier, peut-on dire. Les formes dans lesquelles s'exercera ce droit primordial varieront suivant la nature des éléments actifs du patrimoine qu'il s'agit de réaliser. Pour exécuter les immeubles il faudra suivre les formes de la saisie immobilière réglementées par les articles 673 et suivants du Code de procédure civile. Pour les meubles corporels on usera de la saisie-exécution et de quelques saisies spéciales telles que la saisie-brandon (art. 583 et suiv., C. proc. civ.). Pour les créances on emploiera la saisie-arrêt (art. 557 et suiv., C. proc. civ.) qui consiste dans une défense faite par le créancier saisissant au tiers saisi de se libérer en versant les fonds au débiteur saisi.

Mais cette réalisation du patrimoine du débiteur peut ne pas être possible actuellement, soit parce que la créance est conditionnelle, ou à terme, soit parce que les éléments actifs du patrimoine ne sont pas susceptibles de saisie. La loi devait donc reconnaître certains droits auxiliaires destinés à assurer aux créanciers la conservation de leur gage et à en faciliter la réalisation.

Parmi les droits destinés à assurer la conservation du gage il faut ranger tout d'abord le droit de faire des actes conservatoires. C'est là un véritable droit de surveillance qui permet aux créanciers de maintenir l'intégrité du patrimoine du débiteur. Ce droit n'a pas été réglementé par le législateur dans un texte spécial du Code civil, mais s'il n'a pas posé le principe, il en a fait une application dans l'article 1180 ainsi conçu : « Le créancier peut, avant que la condition soit accomplie, exercer tous les actes conservatoires de son droit ». De même l'article 125 du Code de procédure civile déclare que, lorsque les tribunaux ont accordé des délais pour l'exécution des jugements, les créanciers pourront valablement faire des actes conservatoires malgré le délai accordé.

Ces solutions doivent être généralisées, car le caractère même de ces actes qui n'apportent aucun changement aux droits du débiteur, qui n'entravent nullement l'exercice de ces droits suffit à justifier le principe.

Il faut donc reconnaître aux créanciers le droit d'interrompre les prescriptions que l'on pourrait plus tard opposer à leur débiteur, le droit de prendre une inscription ou de renouveler une inscription destinée à assurer la publicité d'une hypothèque constituée au profit de leur débiteur, le droit d'opérer la transcription d'une vente, la signification d'un transport de créance aux lieu et place

de leur débiteur. De même encore après le décès ou la faillite de leur débiteur les créanciers pourront requérir l'apposition des scellés ou la confection d'un inventaire. On pourrait multiplier les exemples, mais nous nous contenterons de dire que les créanciers pourront toujours invoquer les articles 2092 et 2093 du Code civil pour accomplir un acte à la place de leur débiteur quand cet acte sera purement conservatoire.

Remarquons en terminant sur ce point qu'il ne faut pas confondre le droit qu'ont les créanciers de faire des actes conservatoires dans le but d'assurer l'intégrité du patrimoine de leur droit de gage, avec le droit qu'ils ont de faire des actes conservatoires pour conserver leurs créances elles-mêmes. Ainsi l'on dit souvent que le créancier qui requiert inscription d'une hypothèque qui lui a été consentie, ou qui interrompt une prescription accomplit des actes conservatoires. C'est très exact, mais il faut bien distinguer ces deux catégories de mesures conservatoires. Comme le dit fort bien M. Planiol, les actes destinés à conserver la créance elle-même doivent être considérés « comme un simple mode d'exercice du droit principal du créancier tandis que la conservation du patrimoine du débiteur forme véritablement l'objet d'un droit distinct qui est l'auxiliaire de la créance (1) ». Nous ne visons ici que ce droit auxiliaire qui tend à assurer l'efficacité du droit de gage des créanciers.

Parmi les mesures conservatoires, il faut placer le droit d'intervention. Les créanciers peuvent intervenir dans les instances où se débattent les droits de leur débiteur, afin de surveiller l'exercice qu'il fait de son

(1) Planiol, *Précis de Droit civil*, t. II, p. 95, note 1.

action. Le Code civil n'a pas consacré ce droit des créanciers en posant un principe général, mais il en a fait plusieurs applications dans les articles 845, 882, 1447. Ces applications doivent être généralisées : il ne s'agit pas là en effet d'un droit exceptionnel, mais d'un droit qui découle des principes généraux du droit et dont les créanciers pourront se prévaloir toutes les fois qu'ils le jugeront utile pour se défendre contre la fraude de leur débiteur.

Un autre moyen de protection accordé aux créanciers pour assurer l'efficacité de leur droit de gage c'est la séparation des patrimoines réglementée par les articles 878 et suivants et 2111 du Code civil. Grâce à ce bénéfice les créanciers peuvent empêcher la confusion qui se produirait à la mort de leur débiteur, entre le patrimoine du défunt et celui de l'héritier par suite d'une acceptation pure et simple de la succession. Les créanciers d'un débiteur mort solvable pourront ainsi se faire payer sur les biens du défunt qui resteront leur gage propre par préférence aux créanciers personnels de l'héritier.

Mentionnons enfin parmi les moyens destinés à sauvegarder l'efficacité du droit de gage des créanciers l'action paulienne qui leur permet d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (art. 1167) et arrivons à l'action indirecte qui nous intéresse plus particulièrement.

Basée sur le droit de gage des créanciers, l'action indirecte a pour but d'assurer l'efficacité de ce droit et voici comment :

Nous avons vu que la saisie, dans ses diverses formes, était le moyen auquel devaient recourir les créanciers pour réaliser leur gage. Mais parmi les éléments actifs qui composent le patrimoine, il en est qui ne sont pas

susceptibles de saisie, ce sont les actions, c'est-à-dire les droits mis en mouvement, portés devant l'autorité judiciaire pour assurer leur protection parce qu'ils ont été contestés ou méconnus (1).

On a, il est vrai, soutenu l'opinion contraire, au moins en ce qui concerne les actions immobilières telles que l'action en revendication ou l'action en nullité ou en rescision d'une convention qui a pour objet un immeuble. Et cette doctrine peut paraître au premier abord assez juridique. On a combiné à cet effet d'une part l'article 526 du Code civil qui déclare que les actions qui tendent à revendiquer des immeubles sont elles-mêmes des immeubles, et d'autre part l'article 2204 du même Code qui déclare que les immeubles sont susceptibles d'expropriation forcée. A l'appui de cette déduction fort logique on a fait valoir des considérations morales. Si les créanciers ne

(1) Nous rejetons avec la majorité des auteurs la distinction que l'on a tenté d'établir entre le droit et l'action. On a dit à l'appui de cette distinction que le droit trouve son origine dans la loi ou le contrat, tandis que l'action naît de la violation même du droit. On a dit aussi que l'objet du droit pouvait être différent de l'objet de l'action. Mais cet aspect nouveau provient uniquement de ce que le droit a été mis en mouvement, et n'implique nullement un changement dans la nature de ce droit. Nous nions également que l'action comporte une idée de contrainte qui serait absente du droit. Cette idée de contrainte existe aussi dans le droit, mais elle restera à l'état passif et ne se manifestera que lorsque le droit sera contesté. Il faut conclure de cette remarque que l'expression « droits et actions » que l'on trouve dans l'article 1166 équivaut au mot « actions » et constitue pléonasme. Ce pléonasme se retrouve d'ailleurs dans Pothier et aussi dans l'article 1250-1° du Code civil. En ce sens Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 49 ; Planiol, *Précis*, t. II, n° 299 ; Garsonnet, 2e édit., *Traité de procédure civile*, t. I, § 289 et suiv. ; Aubry et Rau, t. II, § 209, note 12 ; Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXIV, n° 496. *Contra*, Huc, *Traité de la cession*, n° 128 et suiv.

pouvaient saisir les actions de leur débiteur, et s'ils en étaient toujours réduits à se prévaloir de l'article 1166 du Code civil, bien souvent ils seraient dans l'impossibilité d'agir. C'est qu'en effet pour exercer les actions de leur débiteur, ils peuvent avoir à avancer certaines sommes ; ainsi pour exercer l'action en réméré ils devront payer à l'acheteur à réméré le prix de rachat. N'est-il pas alors équitable de permettre aux créanciers de saisir les actions immobilières de leur débiteur pour les faire vendre et se payer sur le prix ? (1)

Cette solution n'a cependant triomphé ni en doctrine, ni en jurisprudence et on reconnaît très généralement aujourd'hui que les actions qui tendent à revendiquer des immeubles ne sont pas susceptibles de saisie (2).

On dit en ce sens que les actions ne figuraient pas dans l'énumération de l'article 2204, pas plus qu'elles ne figuraient dans l'énumération de l'article 2118. On ne peut les faire rentrer dans le 1° de l'énumération de ces deux articles qui vise seulement les immeubles par nature et les immeubles par destination.

On ajoute que l'article 675 du Code de procédure exige dans le procès-verbal de saisie la mention de certaines énonciations telles que l'arrondissement, la commune, la rue, le numéro s'il s'agit d'une maison, la désignation des

(1) Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. IV, n° 17 ; Pigeau, *Procédure civile*, t. II, p. 207-211 ; Labbé, *Revue critique*, t. IX, n° 25, p. 222.

(2) Merlin, *Répertoire*, V° *Hypothèque*, sect. II, § 3, art. 3, n° 5 ; Bioche, *Dictionnaire*, V° *Saisie immobilière*, n° 53 ; Dalloz, *Répertoire*, V° *Vente publique*, n° 72 ; Troplong, *Privil. et hyp.*, t. II, n° 406 ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, n° 343 ; Aubry et Rau, t. VIII, § 778 ; Garsonnet, 1re édit., t. III, § 543, note 16 ; Cass., 14 avril 1847, S. 47.1.341 ; Caen, 29 juin 1870, S. 71.2.29.

bâtiments et la contenance de chaque pièce s'il s'agit de biens ruraux, énonciations qui seraient incompatibles avec la nature incorporelle des actions. La vérité est que si le législateur avait songé à admettre la saisie des actions il aurait organisé une procédure spéciale comme il l'a fait pour les créances et pour les rentes.

D'ailleurs quelle serait l'utilité, la raison d'être de la faculté reconnue aux créanciers en vertu de l'article 1166 d'exercer les droits et actions de leur débiteur si ces actions étaient susceptibles d'être saisies dans les formes ordinaires ?

Reconnaissons donc que les actions ne sont pas susceptibles de saisie, et ajoutons que cette solution se justifie aisément si l'on se place à un point de vue pratique. On sait en effet que les droits litigieux se vendent toujours mal. La saisie des actions, et leur vente qui en est la conséquence nécessaire, ne produira donc presque rien alors que l'action constituait peut-être dans le patrimoine du débiteur un élément actif d'une grande valeur. Il est donc préférable, dans l'intérêt du débiteur, comme dans l'intérêt des créanciers, de « *réaliser* » les actions en les exerçant et non en les saisissant. La voie à suivre paraît donc fort simple : Le débiteur intentera l'action ; puis, son droit de propriété ou de créance établi, les créanciers useront soit de la saisie immobilière, soit de la saisie-exécution, soit de la saisie-arrêt.

Mais une complication peut se produire ; il arrivera souvent que le débiteur dont le passif excède l'actif, affaissé et découragé, reculera devant une lutte judiciaire dont le profit sera immédiatement absorbé par ses créanciers. Cette inaction, il fallait la vaincre, et dans ce but le législateur a autorisé les créanciers à se substituer à leur débiteur pour exercer ses actions.

Cette faculté est parfaitement légitime. Les actions constituent une valeur active du patrimoine du débiteur. Elle fait partie du gage des créanciers et puisque ceux-ci ne peuvent arriver à la réaliser directement par la saisie, ils intenteront d'abord l'action pour faire entrer ou rentrer dans le patrimoine du débiteur l'élément actif qu'ils saisiront ensuite.

Nous connaissons maintenant le but et la raison d'être de l'action indirecte. C'est un moyen mis par le législateur à la disposition des créanciers pour leur permettre de saisir un élément actif de leur gage que la négligence de leur débiteur ne leur permettait pas d'atteindre. Fondé sur le droit de gage des créanciers l'article 1166 du Code civil a pour but d'en faciliter et d'en assurer la réalisation. C'était certainement là l'idée qui inspirait Bigot de Préameneu quand il disait dans son exposé des motifs : « Celui qui contracte des dettes engage tous ses biens. Ce gage serait illusoire si au préjudice de ses créanciers il négligeait d'exercer ses droits (1). »

La fonction de l'action indirecte consiste donc à assurer l'efficacité du droit de gage des créanciers. En cela elle se rapproche du droit de prendre des mesures conservatoires, et notamment du droit d'intervention que le législateur a accordé aux créanciers dans le même but. Mais il faut cependant éviter de confondre l'action indirecte avec le droit de prendre des mesures conservatoires ainsi que l'ont fait certains auteurs. La faculté accordée aux créanciers par l'article 1166 apparaît en effet comme une atteinte plus sérieuse portée à la liberté du débiteur et les conditions d'exercice de cette faculté seront dès lors plus rigou-

(1) Fenet, *Travaux préparatoires*, t. XIII, p. 238.

reuses que celles requises pour l'accomplissement des actes conservatoires (1). Ainsi des textes formels, l'article 1180 du Code civil par exemple, reconnaissent aux créanciers à terme ou conditionnels le droit de faire des actes conservatoires alors que la doctrine et la jurisprudence n'autorisent les créanciers à se prévaloir de l'article 1166 que tout autant que leurs créances sont exigibles. On voit donc qu'il y a un réel intérêt à faire cette distinction.

Elle n'a pas cependant toujours été faite avec une netteté parfaite et c'est, à tort à notre avis, qu'aujourd'hui encore certains auteurs autorisés, notamment M. Garsonnet (2), voient dans le droit d'intervention une application du principe posé par l'article 1166. Le fait d'intervenir dans une instance constitue pour le créancier un acte conservatoire et le droit d'intervention ne trouve pas sa base dans l'article 1166 du Code civil.

On comprend que l'on soit tenté de voir dans le droit d'intervention une application du principe posé dans l'article 1166 du Code civil, parce que les créanciers dans les deux cas poursuivent un but analogue. Ainsi supposons un débiteur ayant la qualité d'héritier. S'il n'intente pas son action en partage ses créanciers l'intenteront à sa place en vertu de l'article 1166, et cela dans le but de faire rentrer dans le patrimoine de leur débiteur un élément actif

(1) Cette distinction est généralement admise : Demolombe, t. XXV, n° 51 ; Aubry et Rau, t. IV, § 311, p. 117 ; Laurent, t. XVI, n° 384 ; Labbé, *Rev. crit.*, n° 28, p. 223 ; Planiol, t. II, n° 295 ; Fuzier-Hermann, V° *Créancier*, n° 16.

(2) T. II, § 384, p. 680 (1re édit.). « Les créanciers peuvent intervenir dans toutes les actions où leur débiteur est partie. Ainsi le veut l'article 1166 du Code civil qui les autorise à exercer tous les droits de leur débiteur. »

saisissable sur lequel ils se paieront, dans le but aussi de s'assurer que la composition du lot de leur débiteur est conforme à leurs intérêts. Si le débiteur exerce lui-même l'action en partage, ses créanciers invoqueront l'article 882 du Code civil pour intervenir à ce partage et toujours dans le but de sauvegarder leurs droits.

Malgré cette analogie, il ne reste pas moins vrai que l'exercice d'une action du débiteur est pour le créancier une mesure plus grave que sa simple intervention dans un procès. Et la meilleure preuve en est que la jurisprudence et la doctrine n'autorisent les créanciers à intenter une action en partage en vertu de l'article 1166 que tout autant que leur créance est exigible, alors que les créanciers à termes ou conditionnels peuvent se prévaloir de l'article 882 (1).

En réalité le droit reconnu aux créanciers par l'article 1166 et le droit d'intervention suppose des cas très différents : L'article 1166 suppose que le débiteur n'agit pas ; le droit d'intervention suppose au contraire que le débiteur est partie au procès. Autre chose est de se substituer à la personnalité de son débiteur pour exercer ses droits, autre chose de surveiller la gestion de ses intérêts par la voie de l'intervention (2). Nous croyons donc qu'il est impossible de trouver la base du droit d'intervention dans le principe posé par l'article 1166 du Code civil. Ce droit, dont l'article 882 du Code civil n'est qu'une application, doit être compris dans le droit que possède tout créancier de prendre des mesures conservatoires ; il trouve sa base dans les principes généraux du droit, et notamment dans

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. III, n° 4249.

(2) Dalloz, *Répert.*, V° *Intervention*, n° 46 ; Comp. Demolombe, t. XXV, n° 95.

cette règle fondamentale que tous les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers.

Cette confusion que l'on a souvent faite entre les divers moyens de protection accordés par le législateur aux créanciers pour assurer l'efficacité de leur droit de gage est certainement une des causes des difficultés soulevées par l'article 1166 de notre Code.

On peut reprocher au législateur de l'avoir facilitée,car il n'a pas réglementé la théorie du droit de gage avec une bien grande logique. Le principe posé dans l'article 2092 du Code civil devrait être rapproché des articles 1166 et 1167. Le droit de prendre des mesures conservatoires, notamment celui d'intervenir dans les instances, devraient faire l'objet d'articles spéciaux qui poseraient le principe d'une manière générale et le réglementeraient. Il serait utile de grouper ces dispositions législatives éparses, de les coordonner et sur ce point une réforme législative serait certainement désirable si l'on pouvait prévoir dans un temps plus ou moins proche une refonte de notre Code civil.

Nous avons dans ce chapitre dégagé le fondement rationnel de l'action indirecte. Nous allons nous demander maintenant s'il y a lieu de rechercher quelle est sa nature juridique.

CHAPITRE II

Y A-T-IL LIEU DE DÉTERMINER LA NATURE JURIDIQUE DE LA FACULTÉ ACCORDÉE AUX CRÉANCIERS PAR L'ARTICLE 1166 DU CODE CIVIL.

Nous connaissons le but vers lequel tend l'action indirecte, sa fonction dans notre droit civil ; nous connaissons aussi ses antécédents historiques.

La question se pose maintenant de savoir si nous pouvons avec ces éléments déterminer quels sont les conditions d'exercice, les effets, le domaine de cette action, ou si nous devons rechercher auparavant quelle est la nature juridique de cette faculté accordée aux créanciers par l'article 1166.

C'est une question de méthode qu'il s'agit de résoudre et elle ne manque pas d'intérêt à raison des tendances nouvelles qui se manifestent actuellement dans la doctrine. La méthode traditionnelle consiste précisément à rechercher quelle est la nature juridique de l'action indirecte avant d'en étudier la réglementation. On considère qu'il ne suffit pas de se déplacer à un point de vue pratique et de connaître le fondement rationnel de l'article 1166. Il faut encore connaître quel est son fondement juridique, c'est-à-dire à quel principe de droit se rattache cette disposition législative.

Cette méthode nous paraît vicieuse ; elle conduit à des résultats regrettables ainsi que nous le constaterons plus

tard. Mais alors même qu'on ferait abstraction des résultats, on peut attaquer ce procédé dans son principe même.

En effet lorsqu'on se trouve en présence d'un texte de loi conçu en des termes aussi vagues et obscurs que l'est l'article 1166 du Code civil, il nous paraît à peu près impossible d'indiquer *a priori* quelle est la nature juridique de cette disposition législative. Pour décider en connaissance de cause à quel principe de droit cette disposition se rattache, il nous paraît beaucoup plus naturel et logique de rechercher avant tout quel est son rôle dans la pratique, à quels besoins elle répond, et comment elle se comporte. Et ce fondement rationnel établi, nous ne croyons pas utile de prendre parti sur le fondement juridique. Tout au moins l'on peut dire que la recherche du fondement juridique ne présente qu'un intérêt purement théorique et tout à fait secondaire alors que la recherche du fondement rationnel de la règle, c'est-à-dire des motifs qui l'ont fait établir et qui la justifient sont de la plus haute importance pour sa réglementation.

Ces observations ont été admirablement exposées par M. Gény dans son remarquable ouvrage « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », et cet auteur indique très nettement à propos de la formule obscure de l'article 2279 du Code civil : « En fait de meubles, possession vaut titre » combien le rôle du prétendu fondement juridique est infime. » Ce qui détermine exclusivement, en fait, dit-il, l'application et les effets de la règle « En fait de meubles, possession vaut titre », ce sont les motifs bien connus, tant d'intérêt public que d'équité (basée sur la comparaison des intérêts en présence), qui la justifient rationnellement. A quoi bon dès lors à ce fon-

dement rationnel, tout à fait suffisant par ui-même, pour le but que nous cherchons, juxtaposer un prétendu fondement juridique, issu d'une pure conception, et qui ne peut que troubler par l'introduction d'un élément hétérogène les plus sûres déductions du vrai principe. Et M. Gény ajoute : « Ce que je viens de dire en passant au sujet des effets de la possession mobilière trouverait son application en cent autres théories du droit privé (1). »

Nous croyons que la théorie de l'action indirecte est une de celles qui se trouvent ainsi visées. Nous sommes en effet en présence d'une formule aussi vague sinon aussi obscure que celle de l'article 2279 et nous croyons qu'il est inutile pour l'interpréter d'édifier une de ces constructions juridiques que les jurisconsultes se plaisent à élaborer avec tant de raffinement et d'imagination. Pourquoi vouloir à tout prix que toute institution juridique rentre dans une catégorie déterminée et pourquoi ne pas voir dans l'action indirecte une faculté ayant sa nature propre ?

Cette méthode traditionnelle n'a pas seulement le tort d'engendrer des controverses bien souvent stériles, et de faire naître des discussions purement théoriques et inutiles ; elle peut engendrer des abus plus graves encore parce que chaque commentateur se forge une conception juridique qui lui est propre, d'après ses tendances personnelles et, une fois lié par cette idée préconçue, il se trouve obligé d'accepter les conséquences logiques qui en découlent alors même qu'elles seraient en opposition avec le but poursuivi. « Le même vice de méthode, dit M. Gény, a maintes fois égaré l'interprétation, en enchaînant ses développements à une idée initialement erronée, qui sous

(1) Gény, n° 72, p. 143 et 144.

l'apparence d'une conception juridique correcte, séduisante même parfois, bien qu'au fond purement imaginaire, arrive bientôt à s'imposer inconsciemment aux esprits, et les entraîne dans la voie des conséquences téméraires ou pernicieuses dont le péril est d'autant plus grand qu'elles paraissent logiquement inévitables (1). »

La plupart des controverses qui ont été soulevées par l'interprétation de l'article 1166 du Code civil nous paraissent précisément provenir de ce vice de méthode et c'est qu'en effet il y a peu de dispositions législatives qui aient donné naissance à autant de conceptions juridiques différentes. Nous allons les exposer et les critiquer, et nous indiquerons ensuite en quelques mots quelle est la méthode de la jurisprudence.

On peut ramener à trois types différents les conceptions juridiques qui ont été proposées dans la doctrine : parmi les auteurs les uns ont voulu voir dans la faculté accordée aux créanciers d'exercer les droits et actions de leur débiteur un acte conservatoire ; les autres attribuent à cette faculté la nature d'une voie d'exécution, d'une saisie. Enfin une dernière conception, et c'est celle qui triomphe aujourd'hui dans la doctrine, tend à voir dans l'action indirecte un acte plus grave qu'un acte conservatoire et moins grave qu'un acte d'exécution.

SECTION I. — Exposé et critique de la doctrine qui voit dans l'action indirecte un acte conservatoire.

Cette doctrine, il faut bien le reconnaître, n'a pas été soutenue par un grand nombre d'auteurs, et elle est au-

(1) Gény, n° 74, p. 148.

jourd'hui à peu près complètement abandonnée. Elle a été défendue par Larombière dans son traité : *Théorie et pratique des obligations*, ainsi que par Mourlon. « Le créancier qui use de la faculté que lui accorde l'article 1166 ne s'empare pas du droit de son débiteur. Il l'exerce mais ne l'en dépouille point... C'est de sa part un simple acte conservatoire (1). » De même Larombière déclare que l'action des créanciers a simplement pour but d'empêcher « le dépérissement de leur gage » (2).

Cette conception a été très généralement repoussée parce qu'elle conduisait à des conséquences pratiques inacceptables. Liés par cette idée préconçue que l'action indirecte constituait un acte purement conservatoire, Larombière et Mourlon ont été logiquemement conduits à reconnaître aux créanciers conditionnels ou à terme le droit de se prévaloir de l'article 1166. Le titulaire d'un droit éventuel peut en effet accomplir des mesures conservatoires. Mais comment admettre une solution aussi rigoureuse pour le débiteur ! Est-il en effet équitable de permettre au créancier dont la créance n'existe pas encore d'une façon certaine, dont la créance n'existera peut-être jamais, de s'ingérer dans la gestion du patrimoine du débiteur et de se substituer à lui dans l'exercice de ses actions ? Si l'on quitte le domaine de la théorie pour entrer dans celui de la pratique, on est obligé de reconnaître que cette solution ne se justifie nullement ; c'est donc qu'on est parti d'un faux principe.

Mais il n'est pas nécessaire de tenir compte des résultats

(1) Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 2e édition, t. II, n° 1171, note 2.

(2) Larombière, t. II, sur l'article 1166, n° 21.

qu'engendre cette conception juridique pour la condamner, et il n'est pas impossible de démontrer autrement qu'elle est erronée. En réalité les auteurs qui l'ont émise ont été frappés par cette remarque que l'article 1166 était une mesure de protection accordée aux créanciers pour assurer l'efficacité de leur droit de gage et ils en ont conclu que c'était une mesure conservatoire. Il y a là une véritable confusion. Nous avons vu, en étudiant la réglementation du droit de gage, que le législateur avait accordé divers moyens de protection pour assurer aux créanciers la réalisation des éléments actifs du patrimoine de leur débiteur.

Parmi ces divers moyens de protection nous avons distingué le droit de prendre des mesures conservatoires, de celui d'exercer les droits et actions du débiteur. Cette distinction qui est acceptée par la majorité des auteurs (1) est fondée en raison. L'acte conservatoire peut, en effet, être défini : « l'acte qui a pour objet d'empêcher qu'il ne soit porté préjudice à un droit sans que cependant l'action qui résulte de ce droit soit mise en mouvement (2) ». Au contraire la faculté conférée aux créanciers par l'article 1166 consiste dans la mise en mouvement du droit, dans l'exercice de l'action. Il y a donc bien là deux facultés, qui correspondent à des buts différents et qui, loin de se confondre, pourraient plutôt être opposées l'une à l'autre. Le créancier qui prend une mesure conservatoire a simplement pour but de conserver le droit de son débi-

(1) Cette distinction est faite aujourd'hui par la plupart des auteurs. Voyez par exemple : Demolombe, t. XXV, n° 52 ; Labbé, *Rev. crit.*, 1856, t. IX, n° 28 ; Laurent, t. XVI, n° 384 ; Planiol, *Précis*, t. II, n° 295.

(2) V. Fuzier-Herman, *Répert. alphab.*, V° *Acte conservatoire*, n° 1.

teur afin de pouvoir l'exercer dans l'avenir si la nécessité s'en fait sentir. Le créancier qui use de la faculté de l'article 1166 exerce immédiatement le droit de son débiteur, et cherche à faire entrer ou rentrer dans le patrimoine de celui-ci un élément actif saisissable.

Nous sommes donc en droit de dire que la conception juridique qui voit dans la faculté de l'article 1166 un acte conservatoire repose sur une confusion entre deux moyens différents donnés aux créanciers par le législateur afin d'assurer la protection et l'efficacité de leur droit de gage.

SECTION II. — **Exposé et critique de la conception juridique qui assimile la faculté de l'article 1166 à une saisie.**

Certains auteurs ont pris le contre-pied de la doctrine que nous venons d'exposer et ont tenté d'assimiler la faculté conférée aux créanciers par l'article 1166 à une voie d'exécution. La doctrine qui voit dans l'exercice de l'action indirecte l'accomplissement d'un acte conservatoire est, nous l'avons vu, inacceptable ; on en a conclu qu'il fallait nécessairement assimiler cette institution à un acte d'exécution. C'est bien là cette tendance de notre méthode traditionnelle, tendance que nous avons déjà signalée et critiquée, qui consiste à faire entrer toute institution juridique dans une catégorie à règles fixes et à effets déterminés. Puis, cette idée préconçue une fois érigée en un véritable principe, on s'efforce de justifier cette conception juridique en faisant appel à la tradition et au raisonnement.

On a remarqué en ce sens que dans le droit romain l'exercice des actions du débiteur par le *curator bonorum*, représentant des créanciers, avait toujours été réglementé en même temps que les voies d'exécution. C'est à propos

de la *bonorum venditio* que les jurisconsultes romains avaient posé quelques règles à ce sujet, et l'on peut dire que l'étude de cette question est intimement liée à celle de la procédure des voies d'exécution.

On ajoute que la faculté accordée aux créanciers a conservé la même nature juridique dans notre ancien droit, et que les rédacteurs du Code civil n'ont nullement exprimé le désir de modifier cette conception. Ils ont accepté la théorie de l'action indirecte telle qu'elle existait dans notre ancienne jurisprudence, en bloc pourrait-on dire, et ils ont simplement consacré le principe, sans le réglementer. La tradition qui a ici une importance toute spéciale conduit donc logiquement à dire qu'on a toujours vu dans la faculté qui appartient aux créanciers d'exercer les droits et actions de leur débiteur une voie d'exécution.

A défaut de la tradition le raisonnement suffirait à démontrer que cette conception juridique est la seule qui soit logique. La base de l'action indirecte c'est le droit de gage collectif et imparfait qui appartient aux créanciers sur tous les biens de leur débiteur. L'action indirecte a pour but d'assurer l'efficacité de ce droit de gage. Ainsi c'est le patrimoine tout entier du débiteur qui est affecté à l'exécution de ses obligations et les créanciers doivent pouvoir en réaliser tous les éléments actifs. Pour leur permettre cette réalisation le législateur a organisé et réglementé à leur profit les voies d'exécution dans le Code de procédure civile. Ils auront à leur disposition, pour s'emparer des immeubles qui font partie du patrimoine de leur débiteur et les faire vendre, la saisie immobilière. De même, pour réaliser les objets mobiliers corporels, ils auront à leur disposition la saisie-gagerie et la saisie-exécution ; pour les fruits pendants par racines la saisie-brandon ; enfin en ce

qui concerne les meubles corporels le législateur a organisé pour les créances la saisie-arrêt ou opposition et pour les rentes constituées sur les particuliers une saisie spéciale réglementée dans les articles 636 à 655 du Code de procédure civile. Mais ces diverses voies d'exécution ne s'appliquent pas aux droits et actions. Ce sont là cependant des éléments actifs du patrimoine ; ils sont compris dans le droit de gage des créanciers. Quelle est donc la voie d'exécution par laquelle les créanciers pourront obtenir leur réalisation ? Cette voie d'exécution c'est la faculté que l'article 1166 accorde aux créanciers, et l'on arrive ainsi à dire que l'exercice des actions du débiteur par le créancier est une véritable saisie. C'est *la saisie des actions*.

Sans doute on peut regretter que le législateur n'ait pas réglementé dans le Code de procédure civile le fonctionnement de cette saisie comme il a réglementé le fonctionnement des autres voies d'exécution ; on peut même s'étonner que le principe de la saisie des actions ait été posé dans le Code civil. Mais le législateur n'a-t-il pas procédé de la même façon pour la saisie immobilière ; n'a-t-il pas consacré le titre 19 du livre III à l'expropriation forcée ?

D'ailleurs ce n'est pas sans quelques hésitations que l'on s'est décidé à introduire dans le Code civil la disposition législative de l'article 1166 et les travaux préparatoires portent la trace de ces hésitations. En effet le troisième projet de ce code proposé par Cambacérès contenait dans son titre 14 un article 1089 ainsi conçu : « L'exercice des droits des créanciers est réglé par le Code de procédure civile (1). » Et ce n'est que postérieurement que la dis-

(1) Fenet, t. I, p. 323. Nous ne croyons pas d'ailleurs qu'on ait jamais invoqué cet argument.

position législative de l'article 1166 a été introduite.

Telles sont les principales considérations que l'on peut faire valoir à l'appui de cette conception juridique qui voit dans la faculté accordée aux créanciers d'exercer les actions de leur débiteur une saisie.

Cette conception juridique repose comme la précédente sur une véritable confusion. Il est parfaitement exact de dire que le but des créanciers qui exercent les droits de leur débiteur est d'obtenir leur paiement en saisissant et en faisant vendre en justice les biens qu'ils feront entrer ou rentrer dans le patrimoine de leur débiteur. Mais si la saisie est le *but* vers lequel tendent les efforts des créanciers, l'action indirecte n'est qu'un *moyen* qui leur est donné par le législateur pour y arriver. Assimiler l'action indirecte à une saisie c'est donc confondre le but avec le moyen qui sert à l'atteindre. Si on avait analysé plus minutieusement l'institution que nous étudions on aurait été amené à reconnaître que l'exercice des actions et la saisie sont deux mesures différentes. La seconde complète la première ; la première n'aurait pas sa raison d'être sans la seconde, mais on ne saurait les confondre.

Quant à l'argument que l'on a voulu tirer de la tradition il n'a pas une bien grande portée. Sans doute il est vrai que l'exercice des actions du débiteur par les créanciers ou par leur représentant est intimement lié à la procédure des voies d'exécution dans le Droit Romain. Mais cela nous paraît très logique et très naturel, puisque l'action indirecte a pour but de faciliter, de rendre possibles les saisies quand elles ne le sont pas.

D'ailleurs les auteurs qui admettent l'idée de saisie, après avoir admis ce point de départ commun et érigé à la hauteur d'un principe de droit cette conception juridi-

que erronée, sont loin de s'entendre sur la nature de cette saisie et sur les règles qu'il convient de lui appliquer.

Les uns rapprochent la saisie des actions de la saisie-arrêt et raisonnant par analogie s'efforcent d'étendre la plupart des règles posées par le législateur à propos de la saisie-arrêt à l'action indirecte (1).

D'autres au contraire distinguent parmi les différentes saisies réglementées par le législateur, les saisies de droit commun et les saisies exceptionnelles et proposent d'appliquer les règles du droit commun à la saisie des actions (2). Ces divergences dans le principe entraînent naturellement des divergences dans les solutions pratiques et sont certainement la source de la plupart des controverses qui sont nées à propos de la réglementation de l'action indirecte.

Nous avons essayé de démontrer que la faculté accordée aux créanciers d'exercer les actions de leur débiteur n'était pas une saisie. Nous allons tenter de compléter cette démonstration en prouvant que la saisie-arrêt n'est pas, comme on l'a soutenu, une application du principe posé par l'article 1166 et qu'il n'y a tout au plus entre ces deux institutions qu'une très lointaine analogie. On pourrait en douter au premier abord en présence des affirmations que l'on trouve dans la doctrine. Voici par exemple comment s'exprime M. Demolombe à ce sujet : « Paul qui est créancier de Pierre peut exercer au nom de son débiteur le droit de créance qui appartient à celui-ci contre Jean. Il peut l'exercer comme il le ferait de tout autre droit ou action appartenant à son débiteur conformément à l'article 1166. Or le mode d'exercice dans ce cas particulier

(1) Comp. sur ce point, Proudhon, t. IV.

(2) Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, n° 20, p. 219, n° 2260.

c'est la saisie-arrêt qui n'est en effet, comme nous l'avons remarqué, qu'une des applications du principe posé par l'article 1166 (1). »

M. Colmet de Santerre donne la même explication de la saisie-arrêt. « On appelle saisie-arrêt ou opposition, dit-il, l'acte par lequel le créancier du créancier fait défense au débiteur de son débiteur de payer entre les mains de celui-ci. C'est l'exercice du droit consacré par l'article 1166. Le créancier qui peut exercer le droit de son débiteur exerce le droit de créance par cette injonction qu'il fait au débiteur de son débiteur de ne pas payer pour que la chose due lui soit plus tard remise à lui-même quand la justice aura constaté l'existence de son droit (2). »

La jurisprudence s'est aussi prononcée dans le même sens et a plusieurs fois affirmé que la saisie-arrêt n'était qu'une application du principe posé par l'article 1166. Voici comment s'exprime à ce sujet un arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 1877 : « Attendu qu'à l'égard du tiers saisi la saisie-arrêt est l'exercice du droit que l'article 1166 accorde aux créanciers d'exercer les droits et recours de leur débiteur (3). »

Nous croyons néanmoins que l'assimilation que l'on a ainsi établie entre la saisie-arrêt et la faculté accordée par l'article 1166 aux créanciers est inexacte. Il ne faut pas confondre ces deux institutions qui ont chacune un but qui leur est propre et la confusion qui a été faite trouve, à notre avis, sa base dans cette idée préconçue et erronée qui

(1) Demolombe, t. XXVII, n° 202.

(2) Colmet de Santerre et Demante, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, 181 *bis*, n° I.

(3) S. 79.1.197. V. aussi Paris, 26 mai 1875, S. 76.2.304.

consiste à voir dans l'exercice de l'action indirecte une saisie (1).

Prenons un exemple pour bien mettre en lumière le champ d'application respectif de chacune de ces deux institutions. Primus mon débiteur est créancier de Secundus et sa créance n'est pas contestée. Je pourrais dans cette hypothèse saisir-arrêter entre les mains de Secundus la somme qu'il doit à Primus. Mais supposons maintenant que cette créance de Primus contre Secundus ne soit pas établie. La saisie-arrêt ne me permettra pas par elle seule d'arriver à obtenir mon paiement. Si, en effet, Secundus prétend qu'il n'est pas le débiteur de Primus je devrais établir l'existence du droit de créance de mon débiteur et pour cela user de la facilité que me confère l'article 1166. Sans doute, il arrivera souvent dans la pratique que la saisie-arrêt et l'exercice de l'action du débiteur seront intimement liés. Alors même que la créance de mon débiteur sera contestée je commencerai par pratiquer entre les mains de Secundus une saisie-arrêt ; ce sera là une garantie qui ne me sera utile que tout autant que j'établirai postérieurement l'existence du droit de mon débiteur en agissant à sa place en vertu de l'article 1166. M. Huc a fort nettement exposé cette distinction : « De même qu'il ne faut pas confondre l'action réelle avec son objet, dit-il, de même il ne faut pas confondre la créance avec l'action personnelle qui a pour but de la faire judiciairement consta-

(1) On peut d'ailleurs remarquer que cette distinction est faite par certains auteurs qui voient dans la faculté conférée aux créanciers par l'article 1166 une saisie : en ce sens Proudhon dans un passage cité par Roger, *Traité de la saisie-arrêt*, n° 42. Voyez aussi Huc, *Comment. théor. et prat.*, t. VII, n° 185. D'autres auteurs qui n'acceptent pas la conception juridique de la saisie, comme M. Laurent, voient dans la saisie-arrêt une application de l'article 1166.

ter, c'est-à-dire avec le droit de demande. Quand la créance existe, liquide, résultant d'un titre exécutoire, elle ne peut donner lieu qu'à une poursuite en recouvrement et non à une demande... Mais quand la créance n'est pas reconnue, quand son existence ne pourra être établie que par une décision judiciaire après débat contentieux sur le fond, alors il s'agira d'un droit de demande, c'est-à-dire d'une action à intenter (1) ». Ainsi dans le premier cas il y a lieu à une saisie-arrêt ; dans le second cas la saisie-arrêt ne présentera d'utilité que tout autant qu'elle sera complétée ou plutôt rendue possible par l'exercice de l'action du débiteur. Il y a d'ailleurs des cas où cette distinction s'affirme d'une façon beaucoup plus nette : ainsi un legs a été laissé à mon débiteur par un tiers. Je puis former une saisie-arrêt entre les mains des héritiers, si nous supposons que ce legs a été accepté par mon débiteur. Mais si mon débiteur se refuse à raison de son insolvabilité à demander aux héritiers la délivrance de ce legs, ma saisie-arrêt n'aura d'utilité que tout autant que j'intenterai moi-même l'action en délivrance à la place de mon débiteur et en vertu de l'article 1166. On voit donc bien que la faculté d'exercer les droits et actions du débiteur et la saisie-arrêt sont deux institutions distinctes qui correspondent à des buts différents. Elles se complètent, mais elles ne se confondent pas.

(1) Huc, *Comment. théor. et prat.*, t. VII, n° 185. — Comp. Périer, thèse doctorat, p. 153-155.

SECTION III. — **Exposé et discussion de la conception qui voit dans l'action indirecte un acte plus grave qu'un acte conservatoire et moins grave qu'un acte d'exécution.**

Cette conception est certainement celle qui se rapproche le plus de la vérité. Aussi elle paraît aujourd'hui assez généralement acceptée dans la doctrine. « C'est plus qu'un acte conservatoire, dit M. Baudry-Lacantinerie ; car les actes conservatoires supposent ainsi que leur nom l'indique le maintien du *statu quo*, ils excluent toute idée de transformation ; or l'exercice d'une action appartenant au débiteur amène un changement dans son patrimoine, puisqu'il substitue une valeur réalisée à une valeur réalisable ; c'est moins qu'un acte d'exécution, car le créancier ne met encore la main sur aucun bien de son débiteur, il travaille seulement à faire rentrer un bien dans celui-ci pour le saisir ensuite (1). »

Cette conception nous paraît plus heureuse que les précédentes. Elle présente l'avantage de ne pas lier l'interprète d'une façon étroite et de l'obliger à admettre les conséquences logiques qui se déduisent d'un point de départ trop absolu et préconçu. Mais quelle valeur peut-elle présenter au point de vue juridique ? Aucune à notre avis. On nous dit bien en effet, ce que la faculté conférée aux créanciers par l'article 1166 *n'est pas*, mais on ne nous dit pas ce *qu'elle est*. C'est une conception purement né-

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, n° 134. — Comp. Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 589 ; Demolombe, t. XXV, n° 99 et suiv. Suivant cet auteur l'exercice des actions du débiteur n'est pas un acte d'exécution assimilable à la saisie mais un acte d'exécution *sui generis*. V. aussi la note de M. Lyon-Caen, S. 1902.1.113.

gative qui aboutit à dire en définitive que cette faculté a une nature juridique qui lui est propre.

Cette explication nous paraît dès lors inutile, et les auteurs qui l'acceptent sont obligés pour réglementer les conditions d'exercice et les effets de l'action indirecte à tenir compte du fondement rationnel et non du fondement juridique. C'est bien là la doctrine qui nous paraît la meilleure. En présence du silence du législateur il faut tenir compte uniquement du but qu'il s'est proposé d'atteindre en édictant la disposition législative de l'article 1166. Il faut faire ici application de cette maxime formulée et développée par Ihering : « Le but crée le droit tout entier ». On peut sans doute objecter à cette doctrine qu'elle suppose connue le but poursuivi par le législateur et vers lequel doit tendre l'interprète, et qu'il est souvent difficile de se prononcer d'une façon précise à cet égard (1). Mais l'objection ne nous paraît pas irréfutable si on l'applique spécialement à notre sujet, car il est permis d'affirmer que le but du législateur en édictant la règle contenue dans l'article 1166 a été de protéger les créanciers, d'assurer l'efficacité de leur droit de gage sans sacrifier le droit qui appartient au débiteur de disposer librement de son patrimoine. Il faut donc s'efforcer de maintenir l'équilibre des intérêts contraires en présence, en réglementant les conditions d'exercice et les effets de la faculté accordée aux créanciers par l'article 1166 du Code civil, mais il est au contraire inutile et même dangereux de faire appel à une conception juridique particulière qui imposera à l'interprète des solutions juridiques peut-être, mais bien souvent regrettables.

(1) Gény, *op. cit.*, p. 471.

SECTION IV. — **Exposé de la méthode de la jurisprudence.**

Nous aurons dans le chapitre suivant l'occasion d'étudier de près les solutions données par la jurisprudence à propos de chacune des conditions d'exercice de l'action indirecte. Mais nous avons pensé qu'il serait peut-être utile de présenter ici une synthèse de cette jurisprudence, synthèse qui permettra de mieux suivre l'analyse à laquelle nous allons procéder. Notre but est donc d'indiquer seulement quelle est l'orientation de cette jurisprudence et de rechercher s'il est possible d'en dégager une méthode.

On a soutenu que certains arrêts déterminant quelle est la nature juridique de la règle posée par l'article 1166 se sont rattachés à la conception de la saisie. C'est ainsi que M. Huc cite à l'appui de la doctrine qui assimile la faculté de l'article 1166 à une saisie, doctrine dont il est partisan, un arrêt de la Cour de Lyon du 22 mai 1885 (1). Cet arrêt s'occupe d'une assurance collective contre les accidents. La question était de savoir si un ouvrier blessé pouvait agir contre la compagnie d'assurance en exerçant le recours de son patron. La Cour lui refuse ce droit en ces termes : « Attendu que cette action oblique de l'article 1166 est *une sorte de voie d'exécution* qui permet à celui qui est devenu créancier d'exercer à son profit les actions qui sont dans le patrimoine de son débiteur ; mais que X..... (l'ouvrier) en l'état, plaidant contre son patron et lui demandant la réparation de l'accident ne possède pas autre chose qu'une espérance, une éventualité de créance et non la créance née et actuelle qui pourrait seule lui ouvrir la

(1) *Pandectes françaises*, 1886.2.362.

voie de l'article 1166. » Juste dans la solution qu'il donne, cet arrêt peut être critiqué quant à ses motifs. Il aurait été facile en effet de justifier cette décision sans invoquer cette conception fort contestable qui consiste à voir dans la règle posée par l'article 1166 une voie d'exécution. Nous reviendrons sur ce point, mais indiquons dès maintenant qu'il nous paraît imprudent de se baser sur un arrêt unique pour conclure que la jurisprudence assigne à la faculté de l'article 1166 la nature juridique d'une saisie.

Cette conclusion nous paraît d'autant moins légitime que la Cour de cassation a, il y a déjà longtemps, repoussé cette conception juridique. C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre des requêtes du 18 février 1862 (1) déclare que : « si en vertu de l'article 1166 du Code civil les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, il n'en résulte pas que la loi leur accorde une main-mise sur ces droits ».

La vérité est que la jurisprudence a élaboré une réglementation des conditions d'exercice de l'action indirecte sans prendre parti sur la nature juridique de cette faculté. Elle a tenu compte uniquement du but à atteindre et s'est efforcée de maintenir un équilibre aussi parfait que possible entre le droit de disposer de son patrimoine qui appartient à toute personne et le droit qu'ont les créanciers de poursuivre la réalisation de leur gage. Par la constance et la fermeté de ses arrêts elle a créé ainsi une véritable coutume juridique à laquelle la pratique s'est conformée et qui est aujourd'hui solidement établie.

En agissant ainsi les tribunaux n'ont-ils pas outrepassé leurs droits ? N'ont-ils pas usé d'un véritable pouvoir pré-

(1) S. 62.1.415.

torien et empiété sur les fonctions du pouvoir législatif ? Nous ne le croyons pas. Si en effet on peut critiquer la décision des juges quand elle intervient pour réformer la loi, alors même qu'il s'agirait d'éviter des conséquences injustes, il faut du moins leur reconnaître le droit de combler les lacunes de cette loi. Le pouvoir prétorien judiciaire quand il a pour but de suppléer au silence du législateur trouve sa justification dans la nécessité et dans la loi elle-même : dans la nécessité, car il est de l'intérêt social que l'exercice de la faculté reconnue aux créanciers par l'article 1166 soit réglementé ; dans la loi elle-même, car l'article 4 de notre Code civil impose aux juges l'obligation de se prononcer malgré le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi sous peine de se rendre coupables de déni de justice (1).

La méthode de la jurisprudence nous paraît donc légitime. Nous verrons qu'elle est fertile en conséquences heureuses puisqu'elle a permis l'unification de se faire sur une question qui avait soulevé les plus vives controverses dans la doctrine.

(1) Comp. Langlois, *Essai sur le pouvoir prétorien de la jurisprudence,* thèse doctorat, p. 212 et suiv.

CHAPITRE III

CONDITIONS D'EXERCICE DE LA FACULTÉ ACCORDÉE AUX CRÉANCIERS PAR L'ARTICLE 1166 DU CODE CIVIL.

Nous rencontrerons au cours de cette étude bien des divergences dans la doctrine, dont nous connaissons déjà la cause et l'origine. Liés par la conception qu'ils ont acceptée *à priori*, les auteurs sont logiquement conduits à proposer des solutions très différentes. Ceux qui attribuent à l'action indirecte la nature juridique de la saisie se montreront très rigoureux dans la détermination des conditions d'exercice de cette action (1). Ceux au contraire qui assimilent l'exercice de cette action à un acte conservatoire, l'accorderont aux créanciers dans une bien plus large mesure (2). Mais entre ces deux systèmes opposés il y a des doctrines intermédiaires. Les uns pour concilier ces deux points de vue extrêmes introduisent une distinction : à leur avis, l'article 1166 confère aux créanciers une double faculté : celle d'accomplir au nom de leur débiteur certains actes conservatoires, dans le but d'assurer l'intégrité de leur gage et celle d'agir en son lieu et place afin

(1) Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, t. IV, n° 2253 ; Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, p. 223, n° 29 ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, n° 186 ; Colmet de Santerre, t. V, 81 *bis*, n° III ; thèses de doctorat de MM. Pousset, Arvet, Mispoulet, Perier.

(2) Mourlon, 2e édit., t. II, n° 1171, texte et note 2 ; Larombière, *op. cit.*, t. II, sur article 1166, n° 21.

de faire entrer ou rentrer dans son patrimoine des éléments saisissables sur lesquels ils se paieront ensuite. Dans cette doctrine on subordonne l'intervention des créanciers à des conditions plus ou moins rigoureuses suivant la nature de l'acte qu'il accomplit et du but qu'il poursuit (1). Enfin les auteurs qui estiment que l'exercice d'une action du débiteur par le créancier est plus qu'un acte conservatoire et moins qu'un acte d'exécution (2), peuvent davantage tenir compte des besoins de la pratique parce qu'ils ne précisent pas d'une façon bien nette la nature juridique de l'action indirecte. Nous avons rejeté ces diverses conceptions, et nous avons approuvé la méthode jurisprudentielle qui consiste à ne pas prendre parti sur la nature juridique de l'action indirecte pour déterminer ses conditions d'exercice. Aussi c'est en suivant pas à pas cette jurisprudence que nous étudierons d'abord les conditions de fond, ensuite les conditions de forme auxquelles les créanciers doivent satisfaire.

SECTION I. — Conditions de fond.

Parmi ces conditions il en est qui résident en la personne du créancier et d'autres qui résident en la personne du débiteur. Il faut que le créancier ait qualité pour agir et il faut de plus qu'il ait intérêt à le faire. Quant au débiteur il est nécessaire qu'il soit titulaire du droit que le

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 312, p. 118 et note 4.— Comp. Bourgeois, thèse doctorat ; Garsonnet, 2e édit., t. I, § 310, p. 520, note 5 et § 311, note 1.

(2) Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, n° 910 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. I, n° 589 ; Fuzier-Hermann, *Répertoire*, V° *Créancier*, n° 17.

créancier veut mettre en mouvement. Nous aurons aussi à rechercher s'il doit avoir la capacité d'ester en justice.

A. — *Conditions qui résident en la personne du créancier.*

1° Pour intenter l'action directe il faut avoir qualité. « La qualité, dit M. Garsonnet (1), est la faculté légale d'agir en justice et par suite le titre auquel on figure dans un acte juridique ou un procès. » En première ligne c'est le titulaire du droit qui a qualité pour agir, mais il n'est pas le seul. Ce peut être encore son mandataire soit légal, soit conventionnel. Ce peut être encore son créancier. Et, remarquons-le, il ne suffit pas que le créancier agissant puisse établir sa qualité de créancier ; il faut encore qu'il la fasse connaître dans ses conclusions. C'est qu'en effet le droit d'exercer une action n'appartient en principe qu'au *dominus litis*, et c'est à titre exceptionnel et en vertu d'un texte formel que le créancier peut faire valoir dans son intérêt des droits dont il n'est pas le titulaire. Il est donc de toute nécessité qu'il fasse connaître la qualité en laquelle il agit. Aussi la Cour de cassation a reconnu suffisamment motivé un arrêt qui, pour écarter une action en reddition de compte dirigée contre un tiers par un créancier de l'ayant compte, s'était uniquement fondé sur ce que le créancier avait agi en son nom personnel et sans faire connaître sa qualité dans ses conclusions (2).

La première condition pour agir c'est donc d'être créancier. Mais quels sont les créanciers qui peuvent agir ? Tous les créanciers peuvent agir quelle que soit la nature de leur créance ; les simples créanciers chirographaires aussi bien que les créanciers hypothécaires ou privilégiés

(1) Garsonnet, *op. cit.*, 1re édit., t. I, § 119, p. 476.
(2) Cass., 10 décembre 1889, *Pandectes françaises*, 90.1.254.

peuvent se prévaloir de l'article 1166. Le fondement de l'action indirecte, c'est, ne l'oublions pas, car cette idée domine tout notre sujet, l'article 2092 du Code civil, c'est le droit de gage collectif et imparfait qui appartient à tout créancier sur les biens de son débiteur. Sans doute ce seront les créanciers chirographaires qui auront le plus souvent besoin d'invoquer l'article 1166 du Code civil, mais ce n'est pas une raison suffisante pour refuser ce droit aux créanciers hypothécaires ou privilégiés qui peuvent eux aussi se prévaloir de leur droit de gage.

Ce n'est pas seulement la nature de la créance qui est indifférente, c'est aussi sa date. Les créanciers peuvent agir aussi bien lorsque leur créance est antérieure que lorsqu'elle est postérieure à la naissance du droit qu'ils veulent exercer à la place de leur débiteur.

Cette solution se justifie par les mêmes motifs que la précédente. L'article 1166 n'est que la conséquence et le complément de l'article 2092. Son fondement est dans le droit de gage qui appartient à tout créancier.

Or ce droit de gage n'affecte pas tel ou tel bien déterminé mais le patrimoine tout entier, envisagé en tant qu'universalité. La consistance du patrimoine peut varier à l'infini ; le droit de gage subsiste toujours, planant en quelque sorte au-dessus des éléments matériels sur lesquels il porte. On ne peut donc objecter aux créanciers qui prétendent exercer une action née dans le patrimoine de leur débiteur à une date postérieure à leur créance : « Vous ne pouviez compter sur le bénéfice de cette action quand vous avez contracté. » D'ailleurs qu'objecterait-on à ceux dont le droit est né à raison d'un délit ou d'un quasi-délit, c'est-à-dire indépendamment de leur volonté ? Il faut donc décider qu'il n'y a ni créanciers antérieurs, ni créan-

ciers postérieurs quand il s'agit d'user de la faculté de l'article 1166. Toute personne a le droit d'agir pour établir sa qualité de créancier, sans qu'il soit nécessaire que sa créance ait date certaine.

La doctrine et la jurisprudence (1) sont unanimes en ce sens. Mais la question a été quelque peu discutée autrefois, au moins en jurisprudence. Ainsi la Cour de Paris a décidé le 30 mars 1843 (2), qu'un traité d'où résultait pour un créancier d'un failli un avantage particulier ne pouvait être attaqué par les créanciers de ce failli dont les droits n'étaient pas encore nés au moment où le marché avait été conclu. L'article 598 du Code de commerce déclare cependant qu'une telle convention est nulle à l'égard de toute personne et même à l'égard du failli ; il semble donc bien que tous les créanciers, quelle que soit la date de leurs créances, devraient pouvoir par l'intermédiaire du syndic leur représentant exercer, en vertu de l'article 1166 l'action en nullité de la convention qui appartient à leur débiteur. C'est notre avis, et la décision de la Cour de Paris a sa base dans une confusion assez fréquente du reste entre les cas d'application de l'action indirecte et de l'action paulienne. Si les créanciers attaquaient le traité consenti par le failli en vertu de l'article 1167, il faudrait certainement que leurs droits fussent antérieurs ou contemporains à ce traité. C'est en effet un principe certain qu'un créancier ne peut intenter l'action paulienne que tout autant que

(1) Demante et Colmet de Santerre, *Cours analyt. du Code Napoléon*, t. V, n° 81 *bis*, II ; Larombière, t. II, sur l'article 1166, n° 21 ; Demolombe, t. XXV, n° 99 ; Laurent, t. XVI, n° 396 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 630 ; Limoges, 13 février 1828, Dall. *Répert.*, V° *Obligations*, n° 895, note 3 ; Cass. civ. rej., 4 juillet 1854, S. 54.1. 785 ; Cass., 20 novembre 1900, S. 1901.1.66.

(2) S. 1843.2.420 et la note.

sa créance est antérieure à l'acte attaqué (1). Mais la situation est différente quand les créanciers agissent en vertu de l'article 1166. Ils se prévalent alors d'un droit de gage collectif qui leur appartient à tous au même titre. Cette confusion nous la retrouvons également dans un jugement du tribunal civil de Blaye du 13 juillet 1898 (2). Dans cette espèce, les créanciers d'un conjoint demandaient en vertu de l'article 1166 la nullité d'un échange entre époux. Le jugement tout en leur reconnaissant le droit d'agir en principe, repoussait leur demande parce que leurs créances étaient postérieures à la convention d'échange. Sans doute, il aurait fallu tenir compte de cette particularité si les créanciers avaient agi en vertu de l'article 1167, mais on ne pouvait en faire état puisque les créanciers intentaient une action en nullité appartenant à leur débiteur en vertu de l'article 1166. C'est donc avec raison que la Cour de Bordeaux a infirmé ce jugement le 10 mai 1899, et que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt le 26 novembre 1900.

Pour user de la faculté de l'article 1166 il suffit donc d'être créancier, quelle que soit la date de la créance. Mais encore faut-il que cette créance existe, que la qualité de créancier soit établie. Aussi la personne dont le droit serait encore éventuel et incertain ne pourrait se prévaloir de la qualité de créancier qui ne lui appartient pas encore. Les tribunaux ont eu souvent à appliquer ce principe en matière d'assurances, soit contre l'incendie, soit contre le recours du voisin, soit contre les accidents (3).

(1) Cass., 7 février 1872, S. 72.1.73 ; Cass., 13 février 1894, S. 98. 1.397 ; Douai, 20 juin 1894, S. 96.2.114 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. 1, n° 687 et les auteurs cités à la note 3.

(2) Cité au S. 1901.1.66, et la note de M. Lyon-Caen.

(3) Civ. cass., 23 juillet 1884, D. 85.1.168 et la note ; Trib. civ.

Mais faut-il aller plus loin et dire que non seulement la créance doit être certaine, constante, mais encore qu'elle doit être exigible. Ici nous touchons à l'un des points délicats de notre réglementation et nous allons voir les divergences les plus graves s'accuser dans la doctrine, parce que les auteurs sont partis des points de vue les plus différents.

Ceux qui voient dans la faculté de l'article 1166 une mesure purement conservatoire décident qu'il n'est pas nécessaire d'avoir une créance exigible pour exercer l'action indirecte. Le but que poursuivent les créanciers, c'est éviter le dépérissement du patrimoine de leur débiteur, mais leur intervention ne saurait être considérée comme un acte de poursuite. C'est précisément là ce qui distingue la saisie-arrêt de la faculté de l'article 1166. Il faut logiquement en déduire que le créancier à terme ou conditionnel peut agir par l'action indirecte aussi bien que le créancier pur et simple (1).

Au contraire les auteurs qui posent en principe que la faculté conférée aux créanciers par l'article 1166 constitue une voie d'exécution, une saisie *sui generis* des actions sont conduits à admettre la doctrine contraire. M. Labbé a soutenu cette doctrine avec la plus grande vigueur et l'opinion contraire a provoqué de sa part une répartie bien souvent citée. « Comment, dit-il, moi de qui vous ne pouvez actuellement rien exiger, moi qui préviendrai peut-

Seine, 4 novembre 1891, *Recueil périodique des Ass.*, année 1892. page 15 ; C. d'app. Besançon, 9 avril 1900, *Rec. period.des Ass.*, 1900, p. 439 ; Huc, *Comment. théor. et prat. C. civ.*, t. VII, n° 186 ; Fuzier-Hermann, *Répertoire*, V° *Créancier*, n°s 206-209.

(1) Mourlon, *op. cit.*, t. II, n° 1171, note 2 ; Larombière, t. II, sur l'article 1166, n° 21.

être vos poursuites par un paiement, moi qui par la défaillance d'une condition ne vous aurai peut-être jamais rien dû, je ne resterai pas maître de ma fortune et de mes actions !... Cela est intolérable, cela est contraire à tous les principes. Vous avez suivi ma foi, vous avez eu confiance en ma loyauté : attendez que j'aie manqué à ma promesse ou que je me sois mis hors d'état de la remplir avant d'user des moyens que la loi vous donne pour obtenir malgré moi votre paiement ! » (1). Cette doctrine est basée sur de puissantes considérations d'équité, aussi a-t-elle été suivie par les auteurs qui voient dans l'exercice de l'action indirecte, un acte plus grave qu'une simple mesure conservatoire et moins grave qu'une voie d'exécution (2).

Enfin, MM. Aubry et Rau (3) font ici une application de la doctrine éclectique qu'ils proposent pour concilier les deux conceptions opposées, admises sur la faculté de l'article 1166. Les créanciers peuvent agir par l'action indirecte soit pour sauvegarder l'intégrité du patrimoine de leur débiteur, soit dans le but d'obtenir leur paiement. Dans le premier cas ils agissent conservatoirement, et l'exigibilité de leurs créances n'est pas alors nécessaire. Dans le deuxième cas elle doit au contraire être requise. Cette doctrine paraît avoir inspiré un jugement (4), mais

(1) Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, n° 19, p. 218 ; Marcadé, t. IV, n° 493 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 81 *bis*, III.

(2) Demolombe, t. XXV, n° 100 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, n° 910 ; Planiol, *Précis*, t. II, n° 307 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 629.

(3) Aubry et Rau, t. IV, § 312, p. 118 ; Bourgeois, thèse doctorat, p. 78. — Comp. Garsonnet, 2e édit., t. I, § 311, p. 522 et note 1.

(4) Trib. civ. Toulouse, 2 avril 1890, *Gaz. des Tribunaux du Midi*, 27 avril 1890.

elle doit être écartée comme arbitraire. On ne saurait introduire dans notre matière une distinction que l'article 1166 ne fait pas. Nous avons d'ailleurs déjà indiqué que cette doctrine reposait sur une confusion. Le droit de prendre des mesures conservatoires n'est pas une application de l'article 1166, mais bien des principes généraux du droit.

Tel est l'état de la doctrine sur cette question. A notre avis il faut pour la trancher tenir compte uniquement du but que le législateur a voulu atteindre, et ne pas se préoccuper de la nature juridique de l'action indirecte. Ce but nous le connaissons. Les créanciers invoquent l'article 1166 et exercent l'action de leur débiteur, afin de faire entrer ou rentrer dans le patrimoine de leur débiteur un élément saisissable sur lequel ils se paieront. Obtenir leur paiement voilà, le but des créanciers, et ils ne peuvent l'atteindre que tout autant que leurs créances sont exigibles. Le créancier à terme ou conditionnel qui agirait en vertu de l'article 1166 ferait entrer ou rentrer dans le patrimoine de son débiteur des éléments actifs qui serviraient à désintéresser d'autres créanciers que lui. Il n'aurait donc aucun intérêt à agir et sa demande devrait être déclarée irrecevable en vertu de l'adage : Pas d'intérêt, pas d'action. Ajoutons que cette solution est conforme à l'équité. Il ne faut pas autoriser trop facilement les créanciers à s'ingérer dans l'administration du patrimoine du débiteur, et, sous prétexte de mieux sauvegarder leurs droits, sacrifier à leur profit ceux de leur débiteur.

C'est aussi la doctrine admise par la jurisprudence, et pour la justifier il n'est pas nécessaire de déterminer la nature de l'action indirecte, mais il suffit de tenir compte

du but à atteindre, ou suivant l'expression de M. Laurent, « de l'esprit de la loi (1) ».

Une dernière question se pose à propos de la créance : quelle doit être la force de cette créance ? En d'autres termes, les créanciers doivent-ils pour agir par l'action indirecte être nantis d'un titre exécutoire ou un titre sous seing privé suffit-il (2) ? La question est controversée. L'affirmative a été surtout soutenue par les auteurs qui acceptent la conception de la saisie. Mais il est remarquable qu'ils ne s'accordent pas entre eux, tout en acceptant le même point de départ. C'est qu'en effet toutes les saisies réglementées par le Code de procédure civile ne sont pas soumises aux mêmes conditions d'exercice. Ainsi après avoir admis en raisonnant par analogie que la faculté de l'article 1166 est une saisie, il faut encore à l'aide de la même méthode déterminer quelle est l'espèce de saisie de laquelle se rapproche le plus la saisie *sui generis* des actions. En un mot, il ne suffit plus de prendre parti sur le genre, il faut encore prendre parti sur l'espèce. Ce procédé est dangereux. Nous l'avons critiqué en lui-même et dans son principe : nous pouvons maintenant le critiquer dans ses conséquences en montrant qu'il conduit aux solutions les plus divergentes. Les uns (3) assimilant la faculté de l'article 1166 à la saisie-arrêt invoquent l'article 557

(1) Laurent, t. XVI, n° 393.

(2) Il s'agit là il est vrai d'une condition de forme plutôt que d'une condition de fond, mais il nous a paru logique d'étudier la question relative à la force de la créance, après avoir étudié la question relative à la date et celle relative à ses modalités.

(3) Demolombe, t. XXV, n° 101 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, n° 609 ; Planiol, *Précis*, t. II, n° 309 ; Laurent, t. XVI, n° 395 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 632 ; Fuzier-Hermann, *Rép.*, V° *Créancier*, n° 216. — *Adde* : l'auteur qui exige une subrogation judiciaire : Larombière, t. II, sur article 1166, n° 21.

du Code de procédure civile pour démontrer l'inutilité du titre exécutoire. « On peut sans titre exécutoire faire pratiquer une saisie-arrêt. » Ils adoptent ainsi la même solution que les auteurs qui voient dans cette faculté un acte conservatoire, et que ceux qui estiment qu'elle est un acte plus grave qu'un acte conservatoire et moins grave qu'un acte d'exécution.

Mais cette doctrine a été vivement combattue par M. Labbé. A son avis, parmi les saisies réglementées par le Code de procédure civile, il faut distinguer les saisies de droit commun et les saisies exceptionnelles. Cette distinction faite, il faudra appliquer à la saisie des actions les règles du droit commun puisque le législateur ne l'a pas réglementée. Voici d'ailleurs le passage dans lequel M. Labbé expose sa doctrine : « Dans la forme tracée pour la poursuite d'un débiteur, dit-il, il y a une règle et quelques exceptions à cette règle. La règle est qu'il faut que le créancier ait un titre exécutoire avant de commencer une poursuite d'exécution forcée sur la personne ou sur les biens. Dans certains cas par exception, une saisie est valablement formée sans titre exécutoire et par conséquent sans commandement préalable, sauf au poursuivant à faire statuer immédiatement par le tribunal sur la condamnation du débiteur et sur la validité de la saisie. Lorsque nous sommes dans une situation que le législateur n'a pas spécialement prévue et réglée, est-ce la règle qu'il faut suivre, est-ce l'exception qu'il faut étendre ? La logique répond, il me semble, que la règle doit prévaloir » (1).

(1) Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, n° 20, p. 219, et aussi n^{os} 18 et 19. Dans le même sens, thèses de doctorat : Arvet, p. 70-71 ; Prieur, p. 46-47 ; Perier, p. 177.

Cette argumentation suppose deux choses qui sont loin d'être démontrées à notre avis. D'abord il faut admettre que la faculté de l'article 1166 est une saisie, et nous avons tenté de démontrer que cette conception est erronée ; ensuite il faut supposer que le législateur a établi en matière de saisie une règle de droit commun et des exceptions. Ceci nous paraît encore très discutable.

A notre avis, pour trancher cette controverse, il faut encore faire abstraction de la nature juridique qu'il convient de reconnaître à la faculté de l'article 1166 et rechercher si le but vers lequel tend cette faculté implique la nécessité d'un titre exécutoire. Les créanciers poursuivent leur paiement, et intentent l'action indirecte pour faire entrer ou rentrer dans le patrimoine de leur débiteur un élément actif qu'ils saisiront ensuite. L'action indirecte facilite la saisie, est un moyen donné aux créanciers pour y arriver ; mais de ce qu'un titre exécutoire sera peut-être nécessaire dans la suite, on ne peut conclure qu'il doive l'être actuellement. Il n'y a donc aucun motif pour subordonner à cette condition l'action des créanciers. Aussi la jurisprudence, qui voit devant elle vivre et s'agiter des intérêts, et qui reste en quelque sorte étrangère aux discussions purement doctrinales, s'est formellement prononcée contre la nécessité d'un titre exécutoire. Se plaçant à un point de vue pratique, un arrêt de la Cour de Dijon a analysé de la façon la plus nette et la plus précise le fonctionnement de l'action indirecte, et rejeté la doctrine de M. Labbé, dans les termes suivants : « Considérant qu'il est reconnu que l'article 1166 n'accorde pas aux créanciers une main-mise sur les droits de leur débiteur, laquelle en enlèverait à celui-ci la libre disposition et pourrait exiger l'emploi de formes spéciales pour l'en dessaisir ;

considérant qu'en faisant usage de cette faculté les créanciers ne tendent pas à réaliser immédiatement leur gage, qu'après avoir fait constater par la justice le droit par eux revendiqué au nom de leur débiteur, il leur restera à se faire attribuer à eux-mêmes les biens qu'ils auront replacés dans le patrimoine en employant dans ce but les voies d'exécution qui leur sont ouvertes par la loi et qui sont subordonnées par leur nature à des conditions différentes ; considérant dès lors qu'on ne saurait exiger d'un créancier agissant en vertu de l'article 1166 qu'il soit pourvu d'un titre exécutoire ; que cette condition est nécessaire seulement pour la saisie-exécution et la saisie immobilière ; et qu'il serait d'autant moins rationnel de l'imposer que l'action du créancier peut le conduire comme dans l'espèce à pratiquer la saisie-arrêt pour laquelle il n'est pas besoin d'un titre de cette nature » (1).

Les considérants très remarquables de cet arrêt mettent clairement en lumière la méthode qui nous paraît la meilleure, celle qui consiste à déterminer les conditions d'exercice de l'action indirecte en tenant compte de la fonction qu'elle remplit dans notre législation.

2° Pour agir en justice il ne suffit pas d'avoir qualité.

Il faut encore avoir intérêt à agir (2). C'est là un principe de bon sens et d'équité que l'on trouve exprimé dans les adages bien connus : « Pas d'intérêt pas d'action », ou encore : « L'intérêt est la mesure des actions en justice ».

(1) C. Dijon, 26 janvier 1870, D.71.2.46 ; Bordeaux, 5 décembre 1835, Dall. *Rép.*, V°*Obligations*, n° 893 ; Trib. civ. Paris, mars 1901, *Gaz. des Trib.*, 1901.2.83 ; Alger, 12 janvier 1900, *Loi*, 4 juillet 1900 ; Cass. req., 8 juillet 1901, D.1901.1.498 et S. 1902.1.113 et la note de M. Lyon-Caen.

(2) Garsonnet, *op. cit.*, 1re édit., t. I, § 118.

C'est donc par application des principes généraux du droit que l'on n'autorise les créanciers à se prévaloir de l'article 1166 que tout autant qu'ils ont intérêt à le faire.

Mais quand auront-ils intérêt à exercer les actions de leur débiteur? Il faut tout d'abord que le débiteur reste dans l'inaction. En effet, l'action indirecte a précisément pour but de remédier à cette inaction,et constitue entre les mains des créanciers une arme dirigée contre la mauvaise volonté ou la négligence du débiteur. Lorsque celui-ci agit lui-même, les créanciers peuvent recourir directement aux voies d'exécution et n'ont nullement besoin de l'action indirecte qui est destinée à faciliter, à rendre possible la saisie sous toutes ses formes. Le législateur, on le voit, n'avait pas besoin de subordonner à l'inaction du débiteur le droit d'agir des créanciers puisque cette condition résulte du but même que l'action indirecte sert à atteindre. Et l'on pourrait invoquer à l'appui de ce raisonnement le passage de l'exposé des motifs de Bigot de Préameneu (1), passage que nous avons déjà cité et d'où il résulte que l'article 1166 a pour but d'empêcher que le gage des créanciers ne devienne illusoire par suite de la négligence du débiteur. L'esprit de la loi n'est pas douteux. Aussi la doctrine (2) et la jurisprudence subordonnent l'action des créanciers à l'inaction du débiteur. Les tribunaux ont eu très souvent à tenir compte de ce principe pour repousser la demande formée par les créanciers

(1) Fenet, t. XIII, p. 238.

(2) Larombière, t. II, sur l'article 1166, n° 22 ; Demolombe, t. XXV, n° 94 ; Demante et Colmet de Santerre, t. V, n° 81 *bis*, IV ; Aubry et Rau, t. IV, § 312, p. 118 ; Laurent, t. XVI, n° 392 ; Planiol, *Précis*, t. II, n° 308 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 628 ; thèses de doctorat de Lebel, p. 71, Prieur, p. 48, Perier, p. 178,etc.

en vertu de l'article 1166. C'est ainsi qu'ils leur refusent le droit de former une instance nouvelle quand le débiteur a déjà fait valoir son droit en justice (1). Les créanciers ne peuvent plus alors qu'user de leur droit d'intervention qui, nous le savons, ne suppose pas l'abstention du débiteur.

D'ailleurs, le débiteur ne peut paralyser l'action des créanciers par un exercice apparent de son droit. Il pourra donc arriver que le fait d'avoir engagé une instance de la part du débiteur, ne soit pas un obstacle suffisant pour priver toujours les créanciers du bénéfice de l'article 1166. Ainsi un débiteur entame une procédure de saisie immobilière contre son propre débiteur, puis néglige de poursuivre les formalités de la saisie. Dans cette situation les créanciers pourront continuer les poursuites à la place de leur débiteur (2). Repousser cette solution ce serait faciliter les fraudes et les collusions au préjudice des créanciers.

En somme, la question de savoir si le débiteur est dans l'inaction est avant tout une question de fait, que les tribunaux apprécieront souverainement. Souvent elle sera délicate, mais ce pouvoir souverain que nous reconnaissons à la jurisprudence paraît sans danger, car elle en a

(1) Civ. rej., 10 janvier 1855, D. 55.1.168 ; Orléans, 16 août 1882, D. 84.2.37. — En sens contraire : Req. rej., 29 juillet 1867, S.67.1.403. — Un débiteur avait intenté une action en partage devant un tribunal incompétent, et ses créanciers furent admis à exercer l'action au nom de leur débiteur devant le tribunal où la succession serait ouverte. Cet arrêt peut être critiqué. En effet, le débiteur n'était pas dans l'inaction et les créanciers n'avaient pas intérêt à se substituer à lui puisque l'exception d'incompétence n'était pas opposée. Note en ce sens sous cet arrêt.

(2) Grenoble, 30 décembre 1896, D. 97.2.238.

toujours usé avec la plus grande prudence. Elle exige que l'inaction du débiteur soit établie d'une façon certaine (1), et bien souvent elle a écarté l'action des créanciers parce qu'ils avaient agi prématurément et avec trop de précipitation. C'est ainsi qu'elle ne reconnaît pas aux créanciers le droit d'intenter une action en partage du chef de leur débiteur, avant que les délais pour faire inventaire et délibérer soient expirés. En effet, pendant ces délais, l'inaction du débiteur se justifie aisément et ne constitue pas une négligence.

Cette exigence de la jurisprudence est parfaitement légitime. Sans doute l'exercice des actions du débiteur présente une utilité manifeste pour les créanciers, mais il ne faut pas transformer cette mesure très utile en un moyen de vexation. Or c'est bien là le résultat auquel on aboutirait si l'on n'admettait pas la sage réserve de nos tribunaux.

Mais ne faut-il pas faire un pas de plus et décider que non seulement l'inaction du débiteur doit être établie, mais encore qu'elle doit être constatée par une mise en demeure? *A priori* cette exigence nous paraît bien inutile en présence du pouvoir d'appréciation que nous venons de reconnaître à la jurisprudence sur le point de savoir s'il y a réellement inaction de la part du débiteur.

Si l'on veut bien reconnaître ce pouvoir souverain aux tribunaux, la mise en demeure n'apparaît plus que comme une formalité de procédure sans raison d'être. Bien mieux, la question de savoir si la mise en demeure du débiteur est nécessaire ne se posera jamais dans la pratique. Nous

(1) Poitiers, 16 juin 1851, D. 52.2.12; Rouen, 1er décembre 1852, D. 53.2.244; Cass. civ. rej., 14 avril 1886, D. 86.1.220; Bordeaux, 23 mai 1893, D. 94.2.48; Agen, 28 janvier 1896, D. 97.2.417 et note de M. de Loynes.

verrons en effet, en étudiant la procédure à suivre pour user de l'article 1166, que les créanciers ont toujours le soin de mettre leur débiteur en cause, en même temps qu'ils agissent contre le tiers. Cette mise en cause du débiteur remplace avantageusement la mise en demeure, et sauvegarde les intérêts de toutes les parties en cause. Le débiteur étant partie au procès ne peut se plaindre de n'avoir pas été prévenu et reste libre de reprendre la direction de l'instance. De même le tiers poursuivi ne peut opposer aux créanciers agissant une fin de non recevoir basée sur le défaut de mise en demeure préalable du débiteur qui a été partie à l'instance. A raison du peu d'intérêt qu'elle présente dans la pratique (1), cette question a été tranchée assez rarement par les tribunaux. Cependant on peut affirmer que la jurisprudence n'exige pas que le débiteur soit mis en demeure (2). On pourrait, il est vrai, citer en sens contraire un arrêt de la Cour de Rouen du 1er décembre 1852 (3), mais cette décision n'a pas une très grande importance. En effet, la Cour constatait en fait que le débiteur n'avait pas été négligent et que les créanciers pouvaient sauvegarder leurs droits en usant de leur droit d'intervention. Elle n'invoquait le défaut de mise en demeure préalable qu'accessoirement.

Si la question a été en somme assez peu discutée au point de vue pratique elle a, au contraire, soulevé une vive controverse en théorie, et nous retrouvons ici encore

(1) Demolombe, t. XXV, n° 103 ; Laurent, t. XVI, n° 392 ; Planiol, *Précis*, t. II, n° 308.

(2) Grenoble, 24 mai 1867, S. 68.2.104 ; Nîmes, 31 décembre 1879, D. 80.2.246. — V. aussi Alger, 17 janvier 1900, *La Loi*, 4 juillet 1900.

(3) Rouen, 1er décembre 1852, D. 53.2.244.

en conflit les deux tendances contraires que nous avons plusieurs fois signalées à propos de la nature juridique de la faculté de l'article 1166. Les auteurs qui assimilent cette faculté à un acte conservatoire n'exigent pas la mise en demeure du débiteur, et cette opinion est aussi en général suivie par ceux qui voient dans cette faculté un acte plus grave qu'un acte conservatoire, mais moins grave qu'une saisie (1).

Au contraire, les auteurs qui assimilent l'action indirecte à une voie d'exécution font de la mise en demeure du débiteur une condition indispensable pour la validité de la demande des créanciers (2). C'est en effet un principe constant en matière de procédure, principe imposé par la raison même et admis déjà dans notre ancien droit, qu'on ne peut exécuter son débiteur, sans l'avoir mis en demeure de satisfaire à son obligation (3). Sans doute le législateur n'a pas parlé de cette mise en demeure, mais son silence ne prouve rien ; d'abord, il n'a réglementé à aucun point de vue les conditions d'exercice de l'action indirecte ; ensuite ce silence ne saurait être un obstacle à l'application des principes généraux du droit. On a enfin invoqué à l'appui de cette doctrine un argument d'analogie tiré de l'article 123 de la loi municipale du 5 avril 1884. Il résulte de cette disposition législative qui est la reproduction de l'ar-

(1) Larombière, t. II, sur l'article 1166, n° 21 ; Laurent, t. XVI, n° 392 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, n° 135 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 633.

(2) Marcadé, t. IV, n° 493 ; Mimerel, *Rev. crit.*, t. V, *Examen doctrinal*, p. 517 ; Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, n° 18 ; Demante et Colmet de Santerre, t. V, n° 81 *bis*, IV ; Demolombe, t. XXV, n° 102 ; Périer, thèse de doctorat, p. 182-184.

(3) Denizart, *Décisions nouvelles*, V° *Commandement.* — Comp. Périer, thèse de doctorat, p. 183.

ticle 49 de la loi du 18 juillet 1837, qu'un contribuable inscrit au rôle de la commune ne peut exercer les actions qui appartiennent à cette commune que tout autant que celle-ci aura délibéré sur le point de savoir s'il lui convient de les exercer elle-même. Or l'article 1166 du Code civil et l'article 123 de la loi municipale visent deux hypothèses similaires ; il faut donc appliquer les mêmes règles,et il y a d'autant plus lieu d'étendre la disposition de l'article 123 qu'elle constitue en définitive une application des principes généraux du droit.

Cette argumentation est cependant loin d'être décisive. L'article 123 de la loi municipale vise une hypothèse qui est hors du droit civil, et les conditions particulières auxquelles il subordonne l'intervention des créanciers rentrent dans un système de tutelle administrative tout à fait étranger au Code civil. S'il y avait un argument à tirer de cette disposition législative, on pourrait plutôt l'invoquer en faveur de la doctrine qui n'exige pas la mise en demeure préalable du débiteur. En effet, si l'application des principes généraux devait conduire à subordonner l'action des créanciers à la mise en demeure, le législateur n'aurait pas eu besoin de l'exiger dans le cas prévu par l'article 123, et de ce qu'il a cru devoir en affirmer la nécessité dans cette hypothèse spéciale, on peut fort bien conclure qu'elle est inutile en principe.

On ajoute que la mise en demeure est le préalable indispensable de toute procédure d'exécution. Nous ne contestons pas ce principe, mais encore faudrait-il démontrer que l'article 1166 est une voie d'exécution et l'on sait combien cette conception est inexacte. Nous n'insisterons pas plus longuement sur cette controverse qui n'offre aucune importance pratique. En réalité la mise en demeure n'est

nullement nécessaire pour sauvegarder les droits du débiteur, et nous ne voyons pas dès lors quel intérêt il y aurait à exiger une formalité de procédure, encombrante et coûteuse qui ne profiterait à personne.

Quand l'inaction du débiteur sera établie, les créanciers pourront agir, mais encore faudra-t-il qu'ils aient un intérêt sérieux et légitime à intenter l'action de leur débiteur. La question de savoir si une personne a intérêt à agir en justice est encore une question de fait à examiner par le juge, car l'intérêt peut se présenter sous des formes diverses. L'intérêt peut en règle générale être pécuniaire ou moral. Mais, quand il s'agit de la faculté accordée par l'article 1166 aux créanciers, il ne peut être question que d'un intérêt pécuniaire. L'action indirecte est en effet fondée sur le droit de gage, et son but est de permettre aux créanciers d'obtenir leur paiement.

Il ne suffit pas que l'intérêt des créanciers soit pécuniaire, il faut encore qu'il soit sérieux. Si leur débiteur est solvable, s'ils peuvent obtenir leur paiement d'une façon simple et rapide en s'adressant à lui, les tribunaux pourront leur refuser l'exercice de l'action indirecte. Ainsi la Cour de Dijon a jugé (1) qu'un avoué ne pouvait surenchérir aux lieu et place de son client, alors que celui-ci était parfaitement solvable et n'avait jamais refusé le paiement des frais faits par l'avoué dans son intérêt. Il faut ajouter que la créance de cet avoué se montait à la somme de 541 francs, et qu'il était si peu soucieux de son paiement qu'il n'avait même pas demandé la distraction des dépens. On pourrait multiplier les exemples (2), car bien souvent

(1) Dijon, 27 décembre 1871, S. 71.2.277.

(2) Cass. req. rej., 13 janvier 1873, S. 73.1.145 et la note ; Civ. rej., 26 juillet 1854, S. 54.1.563 ; Cass. req. rej., 24 février 1869,

les tribunaux ont à statuer sur cette question de fait et à apprécier si le créancier qui se prévaut de l'article 1166 a un intérêt sérieux et légitime pour agir. Bien souvent ils ont refusé aux créanciers l'exercice des actions de leur débiteur soit parce que la créance invoquée était par trop minime, soit parce que l'exercice de l'action ne devait faire rentrer dans le patrimoine du débiteur qu'un élément actif d'une valeur insignifiante.

Sur ce point on peut dire que les tribunaux se sont reconnus un pouvoir souverain d'appréciation, et ce pouvoir est légitime. L'action indirecte est d'une utilité incontestable, elle répond à un sentiment d'équité, mais si l'on refusait aux tribunaux ce pouvoir modérateur dont ils font très souvent usage, cette action cesserait d'être une institution utile et heureuse pour se transformer dans bien des cas en une mesure vexatoire (1).

Cette appréciation souveraine des tribunaux sur le point de savoir si les créanciers ont un intérêt sérieux et légitime à agir échappe au contrôle de la Cour de cassation. Il s'agit en effet de trancher une question de fait : mais pour qu'il en soit ainsi, il faut bien entendu qu'ils n'invoquent pour refuser aux créanciers l'exercice de l'action de leur débiteur aucune raison de droit. Dans le cas contraire, l'intervention de la Cour suprême serait parfaitement légitime et elle s'est produite à propos de la question suivante : les créanciers sont-ils non recevables à se prévaloir de l'article 1166 quand ils peuvent atteindre le même but en exerçant une action personnelle qui leur appartient ?

S. 70.1.64 ; Lyon, 14 février 1874, S. 75.1.220 ; Lyon, 27 décembre 1895, *Gaz. Pal.*, 96.1.71 (Table analytique) ; Trib. civ. Seine, mars 1901, *Gaz. des Trib.*, 1901.2.83.

(1) Note, S. 73.1.145.

Cette question s'était posée devant la Cour d'Amiens à propos de l'espèce suivante : un immeuble grevé d'hypothèques avait été vendu et l'acquéreur avait payé son prix au vendeur sans que les hypothèques aient été purgées. Un créancier hypothécaire de l'acquéreur prétendait, en vertu de l'article 1166, contraindre le vendeur à justifier de la radiation des inscriptions prises sur l'immeuble du chef de ce vendeur, et à défaut le forcer à payer des dommages-intérêts. La Cour rejeta la demande, parce que le créancier pouvait poursuivre personnellement cette radiation en ouvrant un ordre, mais cet arrêt fut cassé. C'est avec raison à notre avis, car la Cour d'Amiens ne s'était pas contentée de constater en fait que le créancier de l'acquéreur n'avait pas intérêt à se substituer à son débiteur. Elle invoquait à l'appui de sa doctrine un motif de droit, et posait en principe que les créanciers ne peuvent se prévaloir de l'article 1166 quand leur action personnelle leur permet d'atteindre le même résultat. Or cette règle est très contestable et rien ne justifierait cette restriction apportée aux droits des créanciers (1).

Nous avons ainsi étudié les conditions auxquelles doivent satisfaire les créanciers ; nous allons maintenant rechercher si le débiteur à son tour ne doit pas remplir certaines conditions.

(1) Cass., 25 janvier 1865, S. 65.1.68 ; Larombière, t. II, sur article 1166, n° 21 ; Laurent, t. XVI, n° 389 ; Aubry et Rau, t. IV, § 312, p. 120 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 631 ; Périer, thèse de doctorat ; Req., 25 mars 1890, D. 90.1 475 et le rapport de M. le conseiller Cotelle ; Req., 14 avril 1893, D. 94.1.91.

B. — *Conditions qui résident dans la personne du débiteur.*

1° Le débiteur doit être le titulaire du droit exercé.

Pour agir en justice il faut avoir un droit. En principe c'est le titulaire du droit qui agit, et le droit mis en mouvement doit naturellement figurer dans son patrimoine. Dans l'hypothèse prévue par l'article 1166, c'est le créancier du titulaire du droit qui agit en se substituant à son débiteur. Il suffit alors que le droit figure dans le patrimoine de son débiteur.

C'est là une condition qui paraît tellement rationnelle, tellement simple que l'on pourrait la passer sous silence, et cependant il sera bien souvent difficile de décider si le droit que les créanciers veulent exercer en vertu de l'article 1166 fait réellement partie du patrimoine du débiteur. On répond que les créanciers pourront se prévaloir de la faculté que leur confère l'article 1166 toutes les fois qu'il y aura droit acquis au profit de leur débiteur. Sans doute, mais la réponse est assez peu satisfaisante parce que cette notion de « droit acquis » est vague et flottante et qu'il est souvent difficile d'en préciser les limites. Contentons-nous de signaler ici cette difficulté. Nous reviendrons en effet sur ce point pour y insister plus longuement quand nous étudierons le domaine de l'article 1166, et plus spécialement la *théorie des facultés*.

Indiquons seulement qu'il ne suffit pas que le droit existe dans le patrimoine du débiteur pour que les créanciers puissent s'en prévaloir en vertu de l'article 1166. Il faut de plus que ce droit soit muni d'action. S'il était dépourvu de sanction, s'il correspondait à une obligation naturelle, il est bien certain que le créancier ne pourrait

pas le faire valoir en justice. Il faut enfin que ce droit ne soit suspendu ni par un terme ni par une condition. Le créancier ne peut demander l'exécution d'une obligation avant que le terme soit échu ou que la condition soit accomplie et le créancier du créancier ne saurait avoir un droit plus étendu que celui de son débiteur.

2° Capacité d'ester en justice.

Il est bien certain que les créanciers qui intentent les actions de leur débiteur doivent avoir la capacité d'ester en justice.Il est bien certain que si le créancier est mineur ce sera son tuteur qui,en vertu de l'article 1166, intentera une action en partage par exemple, après avoir obtenu l'autorisation du conseil de famille. Ce sont là les principes du droit commun, mais c'est une tout autre question que nous avons à examiner ici. Il s'agit du cas où c'est le débiteur et non le créancier qui est un incapable. Ainsi une succession échoit à un mineur. Pour demander le partage le tuteur devrait obtenir l'autorisation du Conseil de famille. Mais cette autorisation sera-t-elle encore nécessaire si c'est un créancier du mineur qui intente l'action en partage en vertu de l'article 1166 ? La jurisprudence (1) n'exige pas l'accomplissement de cette formalité, et c'est aussi la solution qui paraît triompher dans la doctrine (2). Cette solution a été cependant critiquée par M. Laurent (3) à propos d'un arrêt de la Cour de Douai du 24 mai 1854. Cet auteur remarque que c'est dans l'intérêt

(1) Douai, 24 mai 1854, S. 54.2.433 ; Poitiers, 12 décembre 1887, D. 89.2.113 ; Bourges, 7 novembre 1900, D. 1902.2.124.

(2) Demolombe, t. XXV, n° 109 ; Huc, t. VII, n° 202 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 636.

(3) Laurent, t. XVI, n° 387.

du mineur que le Code exige l'autorisation du conseil de famille. Dès lors permettre au créancier d'agir sans remplir les formalités que la loi impose au tuteur, c'est sacrifier l'intérêt du mineur. Cette objection de M. Laurent ne porte pas et c'est avec raison que les tribunaux n'en ont pas tenu compte. En effet quand un créancier agit à la place du mineur, celui-ci est mis en cause, et son représentant légal est ainsi mis à même de défendre ses intérêts. S'il n'est pas mis en cause, ses intérêts ne seront pas non plus lésés puisque le jugement ne lui sera pas opposable, ainsi que nous le verrons plus loin en étudiant les effets de l'action indirecte.

M. Laurent invoque aussi à l'appui de sa doctrine le principe suivant lequel les créanciers n'ont pas des droits plus étendus que le débiteur dont ils exercent l'action. Ce principe à son avis tranche la question contre le système de la jurisprudence. A notre avis, M. Laurent dans sa rigoureuse logique a voulu tirer de ce principe des déductions exagérées. Et en effet,admettre la doctrine qu'il propose, c'est paralyser entre les mains des créanciers le droit que leur reconnaît l'article 1166. Un exemple emprunté à la jurisprudence suffit à le démontrer. Les créanciers qui veulent intenter une action en partage, appartenant à une femme mariée leur débitrice, devront demander au mari l'autorisation de le poursuivre. De même le débiteur étant mineur, il faudrait décider que les créanciers ne peuvent agir que par l'intermédiaire du tuteur, puisqu'ils n'ont pas plus de droits que leur débiteur. Les conséquences auxquelles conduit la doctrine de M. Laurent montrent bien qu'elle n'est pas acceptable.

Nous avons terminé l'étude des conditions de fond qui sont nécessaires pour exercer l'action indirecte. Nous nous

somme efforcés de montrer qu'il était inutile de prendre parti sur la nature juridique de cette action pour les déterminer, et nous avons suivi le système de la jurisprudence qui a voulu avant tout élaborer une réglementation conforme aux besoins de la pratique et aussi simple que possible. Notre conclusion est que tout créancier pur et simple peut exercer les actions de son débiteur, à la seule condition de remplir les conditions prescrites par le droit commun pour agir en justice.

Il nous reste maintenant à rechercher si la mise en mouvement des droits d'un débiteur par le créancier, ne nécessite pas des formes particulières, une procédure spéciale à raison de la complexité des rapports juridiques qu'elle engendre. C'est ce que nous examinerons dans la deuxième partie de ce chapitre.

SECTION II. — **Des conditions de forme, ou de la procédure de l'action indirecte.**

En étudiant les conditions de fond requises pour l'exercice des actions d'un débiteur par ses créanciers, nous avons été amenés à rechercher si le débiteur devait être mis en demeure, et si le créancier avait besoin d'un titre exécutoire. Ce sont là des questions de procédure qui auraient peut-être été mieux à leur place dans la section que nous abordons maintenant. Mais elles étaient assez intimement liées aux questions relatives au fond du droit des créanciers pour que nous n'ayons pas cru devoir les en séparer. Nous ne reviendrons pas sur ces différents points et nous ne nous occuperons plus que de la *subrogation judiciaire* et de la *mise en cause du débiteur*.

§ 1. — De la subrogation judiciaire.

Et, tout d'abord, est-il nécessaire que les créanciers se fassent subroger judiciairement dans les droits et actions de leur débiteur avant de les exercer? Cette subrogation judiciaire ne présente aucune analogie avec la subrogation réelle, fiction de droit suivant laquelle une chose est substituée juridiquement à une autre qu'elle vient remplacer dans le patrimoine, ni avec la subrogation personnelle telle qu'elle est organisée en matière de paiement par les articles 1249 et suivants du Code civil.

La subrogation judiciaire consiste dans l'intervention préalable des tribunaux, en vue de permettre aux créanciers de se substituer à la personne de leur débiteur pour exercer les actions qui lui appartiennent et qu'il n'intente pas. La question de savoir si cette autorisation de la justice est nécessaire a fait naître une très vive controverse dans la doctrine. L'intérêt qu'elle présente aujourd'hui est purement théorique, car depuis un demi-siècle environ la jurisprudence reconnaît l'inutilité de cette formalité de procédure.

Il faut bien entendu écarter de ce débat certaines hypothèses qui ne peuvent faire naître aucun doute (1). Ainsi il est certain que, lorsqu'un débiteur aura donné à son créancier le mandat d'exercer une action qui lui appartient, la question de savoir si une subrogation judiciaire est nécessaire ne se posera pas, car il faudra appliquer les règles ordinaires du mandat. Il en sera de même si l'action a fait l'objet d'une cession consentie par le débiteur au créancier, ou d'un contrat de gage, et pour généraliser,

(1) Proudhon, *op. cit.*, t. IV, n° 2228 et suiv.

toutes les fois que le créancier agira avec le consentement du débiteur. Pour que la question se pose, il faut donc supposer que les créanciers agissent sans l'assentiment ou même contre la volonté de leur débiteur.

Les auteurs modernes fortement influencés par la fermeté et la constance de la jurisprudence tendent de plus en plus à se rallier à sa doctrine. Mais on est encore loin d'une concordance absolue et l'on fait même actuellement des distinctions qu'il serait désirable de voir disparaître.

C'est Proudhon dans son *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, qui a développé le plus longuement et avec le plus de vigueur la thèse de l'autorisation judiciaire préalable. L'importance de cette formalité est telle à ses yeux qu'il appelle l'action indirecte, *action subrogatoire*, et qu'il voit dans l'action indirecte une conséquence de la théorie de la subrogation. « Cet article 1166, dit-il, se réfère à la subrogation judiciaire qui est une matière très importante dans la pratique du droit. » Il a été suivi dans cette voie par un certain nombre d'auteurs (1) qui basent leur doctrine sur la tradition histori-

(1) Proudhon, t. IV, n° 2237 et suiv. ; Marcadé, t. IV, n° 493 et *Rev. crit.*, t. II, p. 341 et t. V, p. 518 ; Demante et Colmet de Santerre, t. V, n° 81 *bis*, V ; Taulier, t. IV, p. 409 ; Mispoulet, thèse de doctorat, Paris, 1875, p. 76-93 ; Orléans, 3 juillet 1847, S. 48.2.74 ; Conseil d'Etat, 9 août 1870, S. 73.2.63. — En sens contraire : Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, p. 208 ; Bonnier, *Rev. prat.*, t. I, p. 98 ; Demolombe, t. XXV, n° 106 ; Larombière, t. II, sur article 1166, n° 22 ; Laurent, t. XVI, n° 397 ; Mourlon, t. II, n° 1171 et 1172 ; Huc, t. VII, n° 186 ; Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 134 ; Planiol, t. II, n° 310 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 634 ; thèses de doctorat : Arvet, Lebel, Prieur, Pousset, Périer ; Civ. rej., 23 janvier 1849, S. 49.1.193 ; Req., 2 juillet 1851, S. 51.1.593 ; Cass., 1er juin 1858, D. 58.1.236 ; Req. rej., 24 février 1869, D. 70.1.64. — *Adde* : de nombreux arrêts des Cours d'appel, parmi les plus récents : Nantes, 27 mai 1896, *Gaz. Pal.*, 96.2.275 ; Bourges, 7 novembre 1900, D. 1902.2.124.

que sur les principes généraux du droit, enfin sur certains textes du Code civil et du Code de procédure civile.

L'argument tiré de la tradition paraît au premier abord des plus sérieux. Nous avons en effet établi en étudiant les antécédents historiques de la faculté reconnue aux créanciers par l'article 1166, que l'autorisation du magistrat avait toujours été nécessaire en droit romain. Il faut rechercher maintenant si cette condition était exigée dans notre ancien droit. M. Labbé qui n'est pas partisan de la subrogation judiciaire, tout en reconnaissant qu'il y a chez les anciens auteurs des passages embarrassants, « ne peut se persuader qu'une décision spéciale de la justice fût dans tous les cas nécessaire pour habiliter le créancier à exercer les droits de son débiteur » (1). Et il invoque en ce sens le « Commentaire » de Basnage sur l'article 345 de la coutume de Normandie. A propos de cet article qui avait pour but de déterminer quelles étaient les personnes qui pouvaient invoquer le privilège de primogéniture, Basnage dit ceci : « Bien que cet article ne fasse mention que du créancier subrogé, il a lieu pour tous les créanciers soit à titre universel ou à titre singulier, soit qu'ils se soient fait subroger ou qu'ils ne l'aient pas fait et qu'ils agissent en vertu de cette subrogation naturelle que tous les créanciers peuvent exercer sur les biens de leurs débiteurs » (2).

Ce « Commentaire » de Basnage ne nous paraît pas suffisant pour admettre la doctrine de M. Labbé, et nous croyons que dans notre ancien droit, comme en droit romain, une autorisation judiciaire était nécessaire.

Basnage dans ce passage voulait simplement définir ce

(1) Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, n° 15, p. 215.
(2) Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, n° 15, p. 216.

qu'il faut entendre par créanciers subrogés. Il nous indique d'abord que la subrogation peut résulter d'une convention quand il parle des créanciers « qui se sont fait subroger ». Puis il nous parle de la subrogation naturelle, et il entend alors se reporter à l'article 278 de la coutume de Normandie qui détermine les conditions requises pour l'exercice par les créanciers des actions de leur débiteur. Or cet article 278 que nous avons cité, autorise les créanciers à accepter à la place de leur débiteur une succession à laquelle il a renoncé et il exige une subrogation préalable. C'est là, nous l'avons vu, un cas d'application de l'action paulienne. Mais cet article 278 prévoit également le cas où les créanciers veulent accepter une succession à la place de leur débiteur qui sans avoir renoncé, reste dans l'inaction. C'est bien là, une application de l'action indirecte, et la coutume de Normandie exige encore une subrogation préalable.

Il faut donc bien admettre de deux choses l'une : ou bien l'article 345 se réfère à l'article 278 et par subrogation naturelle il vise la subrogation judiciaire qu'il oppose à la subrogation conventionnelle, ou bien ces deux articles sont en contradiction, mais alors il est préférable de s'en tenir à l'article 278 qui est le siège de la matière, plutôt qu'à l'article 345 qui ne traite de la subrogation qu'accessoirement.

En réalité M. Labbé s'est emparé de ce passage assez obscur de Basnage et a tiré de ces mots « subrogation naturelle » une doctrine contraire à celle du droit romain, parce qu'il est parti de cette idée préconçue que notre ancienne jurisprudence avait dû nécessairement « obéir à ce besoin de simplicité auquel elle a donné tant de satisfactions en modifiant le droit romain, Mais il faut bien

reconnaître que nos jurisconsultes anciens ont affirmé dans les termes les plus généraux la nécessité d'une cession d'action ou d'une autorisation judiciaire préalable. Voici comment s'exprime Imbert dans sa « Pratique judiciaire » (1) : « Et en général tous condamnés peuvent être contraints faire cession de leurs droits et actions contre leurs débiteurs à ceux esquels ils sont condamnés ». Et cette doctrine est aussi celle de Jean Fabre, de Mornac, des commentateurs de la coutume de Normandie, Pesnelle, Béraut. Il y avait bien eu une controverse dans notre ancien droit à propos de la subrogation, mais elle était bien différente de celle qui divise encore aujourd'hui la doctrine. Elle n'avait trait qu'à la forme de la subrogation car on discutait la question de savoir si l'autorisation du juge était suffisante, ou si les créanciers devaient obtenir des *lettres royaux*. On jugeait en général l'autorisation du juge suffisante, et il n'y a rien d'étonnant à ce que Basnage la trouvant la plus simple et la plus rapide l'ait qualifiée de subrogation naturelle (2). Mais sur le principe même, sur la nécessité de la subrogation préalable, on ne trouve aucune discussion. Basnage lui-même dans son « Commentaire de l'article 273 », nous dit : « L'on ne doute pas que le créancier ne puisse demander cette subrogation pour tous les biens qui sont acquis à son débiteur *ipso jure* et sans ministère de fait ».

(1) *Pratique judiciaire*, liv. I, chap. 61, n° 6. Ce passage d'Imbert est cité par M. Labbé (*op. cit.*, p. 215) qui en conclut qu'il est possible que cette formalité ait été d'abord indispensable, mais qu'elle a dû disparaître par la suite avec le désir de simplifier la procédure. Cette doctrine ne paraît guère admissible, car il serait bien bizarre que cette formalité ait disparu sans qu'aucun auteur n'ait mentionné ce fait. — Comp. sur ce point, Mispoulet, thèse de doctorat, p. 44.

(2) Mispoulet, thèse de doctorat, p. 42, 45 ; Périer, thèse de doctorat, p. 106.

On pourrait multiplier les citations. Pothier dans ses *Pandectes*, Lebrun dans son *Traité des successions*, Denizart dans ses *Décisions nouvelles*, tous posent en principe qu'un créancier ne peut exercer les actions de son débiteur, s'il n'a obtenu au préalable une subrogation judiciaire. Et il serait vraiment singulier que tous ces auteurs, en s'exprimant dans les termes les plus généraux, aient entendu se référer, comme le prétend M. Labbé, à certains cas d'application de l'action paulienne (1). Peut-on, en effet, se prononcer d'une façon plus générale et plus formelle que Denizart, quand il nous dit : « Les droits et actions faisant partie des biens, les créanciers peuvent exercer les droits qui appartiennent à leur débiteur, ce qui s'opère par une espèce de subrogation » (2).

La conclusion qui s'impose, c'est que le droit coutumier est resté en parfaite harmonie avec la loi romaine. Cela nous paraît incontestable en présence des autorités que nous avons citées, après bien d'autres (3). Mais cette doctrine était-elle rationnelle ? Non, à notre avis. La subrogation avait sa raison d'être en droit romain où les créanciers ne jouissaient pas d'un droit de gage existant *ipso jure*. Une décision judiciaire était alors nécessaire pour créer à leur profit une constitution de gage, et c'est ainsi que s'explique l'intervention du magistrat dans la procédure aux

(1) Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, n° 16, p. 216 et 217.

(2) Denizart, *Recueil*, V° *Créance*, § 2.

(3) Parmi les auteurs qui n'exigent pas la subrogation naturelle la majorité reproduisait la doctrine de M. Labbé. — En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, p. 543, note 2 ; *Rép.*, *Pand. franç.*, n° 2701. D'autres reconnaissent qu'elle était admise dans notre ancien droit, mais qu'à raison des divergences qui se sont produites sur la solution historique à donner à la question, on ne peut tenir compte de la tradition.

diverses époques du droit romain. Mais du jour où la règle « Qui s'oblige oblige le sien » a pénétré dans notre ancien droit, du jour où le droit de gage des créanciers est devenu une conséquence naturelle et nécessaire de leur titre, cette autorisation préalable de la justice n'avait plus sa raison d'être et devenait une formalité vide de sens, inutile et coûteuse. Notre ancien droit n'en a pas moins continué à suivre l'ancienne règle, et le maintien de cette formalité ne peut s'expliquer que par la force de la tradition.

Les rédacteurs du Code civil ont-ils entendu maintenir cette exigence ? Certainement, répondent les partisans de la subrogation judiciaire. Le silence même du Code en fait foi. En édictant l'article 1166 les rédacteurs du Code ont voulu maintenir une ancienne jurisprudence. Ils se sont référés à la tradition, ils ont posé le principe et accepté tacitement la réglementation antérieure.

Cette doctrine nous paraît trop absolue et nous ne croyons pas qu'il faille attribuer à la tradition une aussi grande valeur. Les traditions antérieures au Code civil n'ont pas une autorité absolue. Elles restent discutables, et ne valent que *rationis imperio* et non pas *ratione imperii* (1). Or si l'on se place *rationis imperio* nous avons démontré que la subrogation judiciaire était dans le dernier état de notre ancien droit une formalité vide de sens. Ainsi le silence du législateur qui nous permettrait d'exiger aujourd'hui encore la subrogation judiciaire si elle s'expliquait rationnellement, nous commande de la rejeter puisqu'elle n'a plus sa raison d'être. Il ne faut pas oublier que toute institution juridique est comme un être

(1) V. le passage de M. Gény, *op. cit.*, p. 407-408.

organisé qui doit se plier aux nécessités du milieu dans lequel il se trouve et se transformer en même temps que ces nécessités changent. De même toute institution juridique doit suivre une évolution analogue, quand cette évolution ne se trouve pas entravée par les principes généraux du droit ou par les textes de la loi positive.

Mais ce n'est pas seulement en se retournant vers le passé pour en invoquer les traditions qu'on a tenté de modifier la jurisprudence si fortement assise que nous défendons. On a encore cherché la justification de la subrogation judiciaire dans les principes généraux du droit.

C'est en effet, a-t-on dit, un principe fondamental, basé sur l'équité et qui se retrouve à la base de toute législation civilisée, que celui qui s'énonce dans ces termes : « Nul ne peut se faire justice à soi-même ». Or reconnaître aux créanciers le droit de s'emparer *de plano* des actions de leur débiteur pour les exercer, c'est autoriser sous le couvert d'un texte de loi la violation de cette règle d'équité Voici comment s'exprime Proudhon sur ce point : « Sans cette intervention de la justice, l'entreprise que le créancier voudrait faire de sa propre autorité et sans le consentement du débiteur, ne serait qu'une *voie de fait*, une *invasion illicite* dans les droits du débiteur. Il faut que le créancier ait reçu de la part de son débiteur ou par autorité de la justice, la délivrance de l'action qu'il veut exercer contre un tiers à l'effet d'en être saisi et d'avoir qualité pour agir. Il ne suffit pas d'avoir droit à quelque chose pour pouvoir s'en emparer, il faut encore avoir la *saisine* de la loi » (1).

Cette appréciation de Proudhon est erronée, et l'er-

(1) Proudhon, *op. cit.*, t. IV, nos 2241 et 2242.

reur vient précisément de ce qu'il attribue à la faculté accordée aux créanciers par l'article 1166 la nature juridique d'une saisie. Nous croyons l'avoir démontré, le législateur n'a pas vu dans l'action indirecte une saisie des actions. Il a seulement voulu permettre aux créanciers de faire entrer ou rentrer dans le patrimoine de leur débiteur un élément actif qui est leur gage, et qu'ils saisiront. Les créanciers qui usent de l'action indirecte ne cherchent donc pas encore à s'emparer d'un bien de leur débiteur, à se faire justice à eux-mêmes, et c'est certainement cette conception inexacte qui a fait croire aussi longtemps à la nécessité de la subrogation judiciaire dans notre droit. Il n'y a donc ni invasion illicite dans les droits du débiteur, ni voie de fait répréhensible. Il y a tout simplement des créanciers qui usent d'un droit que la loi leur reconnaît formellement et qui n'ont nullement besoin d'une saisine judiciaire, puisqu'ils ont une saisine légale.

Loin de justifier la théorie de la subrogation judiciaire, les principes généraux du droit la condamnent. On embarrasserait en effet beaucoup les partisans de cette doctrine, si on leur demandait sur quelle disposition législative ils basent le pouvoir qu'ils reconnaissent aux tribunaux d'accorder aux créanciers l'autorisation d'agir. Les juges ne peuvent donner des autorisations que tout autant que la loi leur en reconnaît le droit par un texte formel. Et d'ailleurs quelles seraient les limites de ce pouvoir ? Dira-t-on qu'ils devront toujours accorder l'autorisation demandée ? Mais alors cette autorisation ne présentera aucune garantie et sera absolument inutile. Dira-t-on que les juges pourront l'accorder ou la refuser suivant les circonstances ? Mais c'est leur attribuer un pouvoir qu'aucun texte ne consacre.

On a enfin invoqué à l'appui de la doctrine que nous

combattons des arguments tirés de certains textes du Code civil et du Code de procédure civile. Mais il nous sera facile de démontrer que ces dispositions législatives ne se rapportent pas à l'action indirecte. C'est d'abord l'article 788 qui paraît être la citadelle des partisans de la théorie de la subrogation judiciaire. Cet article est ainsi conçu : « Les créanciers de celui qui renonce (à une succession) au préjudice de leurs droits, peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place. Dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances : elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé ».

On a voulu voir dans cette disposition qui trouve son origine dans l'article 278 de la coutume de Normandie, une application particulière du principe général posé par l'article 1166. Or cet article 788 exige une subrogation judiciaire, puisqu'il exige que les créanciers *se fassent autoriser en justice* à accepter la succession. L'article 788 n'étant qu'une application de l'article 1166, la subrogation préalable doit être requise dans tous les cas.

Le raisonnement est logique, mais nous contestons précisément que l'article 788 soit une application de l'article 1166. En effet, pour que les créanciers puissent accepter une succession à laquelle le débiteur a renoncé, il faut tout d'abord qu'ils fassent rescinder la renonciation de leur débiteur. Or c'est là un cas d'application de l'action paulienne et non de l'action indirecte. Les auteurs qui s'en sont tenus à cette première remarque ont alors vu dans l'article 788 une application des articles 1167 et 1166 (1).

(1) Demolombe, t. XV, n° 77. — V. cependant, t. XXV, n° 105.

Les créanciers font d'abord annuler la renonciation frauduleuse (art. 1167), puis ils acceptent la succession à la place de leur débiteur (art. 1166). Cette doctrine, pour être plus près de la vérité que la précédente, n'est pas absolument conforme à la réalité des faits. En effet, le débiteur a renoncé et sa renonciation est définitive. L'article 788 nous dit en effet dans son deuxième alinéa : « La renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers ». Vis-à-vis du débiteur elle subsiste, et alors comment les créanciers pourraient-ils se prévaloir d'un droit que leur débiteur n'a plus, qui ne fait pas partie de son patrimoine et de leur gage. La situation des créanciers est donc ici très particulière, et s'ils doivent s'adresser à la justice, c'est parce qu'ils vont exercer un droit qui ne fait plus partie de leur gage. Il y a là une situation qui présente une analogie très remarquable avec celle des créanciers en droit romain ou dans notre ancien droit, avant que la notion du droit de gage existant *ipso jure* se soit fait jour. Ainsi la subrogation judiciaire s'explique dans ce cas très rationnellement, parce que nous ne sommes pas dans l'hypothèse prévue par l'article 1166 (1).

C'est à tort également qu'on a invoqué à l'encontre de notre doctrine les articles 563 à 565 du Code de procédure civile. Il est vrai qu'en matière de saisie-arrêt le saisissant doit dénoncer la saisie-arrêt au tiers saisi et l'assigner en validité. Mais on ne peut étendre la réglementation de la saisie-arrêt à l'action indirecte, si l'on veut bien reconnaître avec nous que la faculté accordée par l'article

(1) Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, n° 24 ; Laurent, t. IX, n° 473 et t. XVI, n° 397 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. II, n° 2374. — Comp. l'explication de M. Barde, *Obligations*, t. I, n° 634, p. 544.

1166 n'est pas une saisie et que ces deux institutions correspondent à des buts déterminés et différents (1).

Enfin, il n'y a aucun argument à tirer de l'article 123 de la loi municipale du 5 avril 1884. Cet article oblige bien le contribuable qui veut exercer les actions de la commune à se munir de l'autorisation préalable du conseil de préfecture, mais c'est là une exigence toute particulière et qui rentre dans un système de tutelle administrative absolument étranger au droit civil.

Ainsi ce n'est ni la tradition, ni les principes généraux du droit, ni les textes des Codes qui peuvent justifier le maintien de la subrogation judiciaire dans notre droit. Cette constatation ne serait pas encore suffisante pour justifier le système de la jurisprudence, puisqu'en présence du silence du législateur on est, dans une certaine mesure, autorisé à réglementer l'exercice de l'action indirecte en tenant compte des besoins de la pratique.

Plaçons-nous donc maintenant à ce nouveau point de vue, et attaquons sur le terrain de la pratique la théorie de la subrogation judiciaire.

On s'est efforcé de justifier le maintien de la subrogation judiciaire en invoquant des considérations d'utilité pratique et on a tenté de démontrer que cette formalité pou-

(1) Parmi les auteurs qui rejettent la nécessité de la subrogation judiciaire, il en est qui veulent la remplacer par une formalité moins onéreuse : c'est ainsi que M. Labbé exige que le créancier poursuivant dénonce à son débiteur la poursuite qu'il opère... (*Rev. crit.*, n° 22). Il invoque un argument d'analogie tiré de ce qu'une saisie-arrêt doit lui être dénoncée (art. 677 et 563, C. proc. civ.). Cette doctrine doit être rejetée. L'action indirecte n'est pas une saisie. D'ailleurs cette dénonciation sera inutile quand le débiteur sera mis en cause, c'est-à-dire presque toujours ; et s'il n'est pas mis en cause cette poursuite ne peut lui nuire, ainsi que nous le verrons plus loin.

vait seule sauvegarder les intérêts du débiteur et des créanciers. Elle sauvegarde les intérêts du débiteur, parce que sans cette formalité un créancier dont la créance est minime, ou qui n'a même pas demandé au débiteur son paiement, dont le droit en un mot n'est nullement compromis, peut, dans un but purement vexatoire, s'immiscer dans la gestion du patrimoine de son débiteur et entraver sa liberté d'action.

Nous avons répondu par avance à cette objection en reconnaissant aux juges un pouvoir souverain pour apprécier si la demande du créancier repose sur un intérêt sérieux et légitime. Nous avons déjà indiqué que les tribunaux avaient souvent usé de ce pouvoir modérateur et que les abus tant redoutés ne pouvaient pas se produire.

On a, il est vrai, critiqué ce pouvoir modérateur que nous reconnaissons aux tribunaux, et on a dit que l'on arrivait ainsi à rétablir indirectement la subrogation judiciaire après avoir posé en principe que cette formalité était inutile. « La Cour de cassation, dit M. Colmet de Santerre, admet que les tribunaux peuvent décider si l'exercice de l'action est utile et nécessaire, et par là elle me paraît s'approcher beaucoup du système qui admet l'autorisation judiciaire préalable (1). »

Il nous semble cependant que les deux doctrines sont bien différentes. Le pouvoir modérateur que nous reconnaissons aux tribunaux, nous le basons sur un principe de droit incontestable : « l'intérêt est la mesure des actions en justice ». Les juges ont toujours le droit et le devoir de rechercher si le demandeur a intérêt à agir, et si l'on veut voir avec M. Colmet de Santerre dans cet examen une au-

(1) Demante et Colmet de Santerre, t. V, n° 81 *bis*, en note. — Comp. Mispoulet, thèse de doctorat, p. 92-93.

torisation judiciaire, il faudra dire que toute personne doit avant d'agir en justice obtenir une semblable autorisation.

En outre, la doctrine que nous soutenons a pour elle l'avantage de la simplicité, de la rapidité, de l'économie. Personne n'a mis en relief mieux que Proudhon lui-même les inconvénients du système qu'il préconise. Prévoyant le cas où le débiteur, et le tiers contre lequel le créancier veut agir sont domiciliés dans le ressort de tribunaux différents, il nous dit : « Le créancier ne peut ni citer son débiteur devant le tribunal du tiers, ni réciproquement. On ne peut distraire une personne de ses juges naturels. Le créancier ne pourra alors cumuler par la même demande l'action en subrogation et celle à faire valoir contre le tiers possesseur. Il devra alors ouvrir son action contre son débiteur direct par devant le tribunal de celui-ci pour faire prononcer sur le fait la subrogation. Puis l'action étant devenue sienne il fera assigner le tiers possesseur par devant ses juges pour faire prononcer contre lui sur le mérite de l'action subrogée » (1).

On voit par là quelles complications, quels retards, quels frais entraîne cette formalité de la subrogation judiciaire. Deux instances seront nécessaires pour aboutir à un résultat que l'on aurait pu atteindre par une instance unique. On peut donc affirmer que la subrogation est inutile pour sauvegarder les droits du débiteur, et qu'elle constitue seulement une entrave à la procédure (2).

(1) Proudhon, t. IV, n° 2249.

(2) Dans le désir de combattre la théorie de la subrogation judiciaire, on a quelquefois exagéré les inconvénients qu'elle présente pour le débiteur. Ainsi on a dit ceci : le créancier peut ou saisir l'action du débiteur et la vendre, ou exercer cette action. Il est préférable pour le débiteur qu'il suive la seconde voie. Mais si l'on subordonne l'exercice de l'action à des formalités coûteuses et longues, le créan-

Il serait aussi facile de démontrer que la subrogation judiciaire n'a pas pour résultat de protéger les droits des créanciers d'une manière efficace. Il est vrai qu'on a voulu faire produire à la subrogation judiciaire les effets d'un jugement de validité de saisie-arrêt. On a prétendu que cette subrogation une fois signifiée avait pour effet de dessaisir le débiteur et de conférer au créancier poursuivant un droit exclusif au produit de l'action exercée. Nous reviendrons sur cette question en étudiant les effets de l'action indirecte, mais disons dès maintenant que rien ne justifie cet effet exorbitant que l'on voudrait attribuer à la subrogation judiciaire. La prétendue analogie que l'on prétend établir entre cette formalité et le jugement qui valide la saisie-arrêt (1) ne prouve rien, car l'action indirecte et la saisie-arrêt constituent deux institutions correspondant à des buts déterminés et différents.

D'ailleurs, remarquons-le, ces effets exorbitants dérivent si peu de la subrogation judiciaire qu'ils sont admis par certains auteurs qui nient la nécessité de cette formalité (2).

Ainsi la subrogation judiciaire n'est nullement nécessaire pour sauvegarder les droits du créancier. Au contraire, dans certaines hypothèses elle pourrait entraîner des conséquences pour lui regrettables. Voici par exemple, une espèce qui a été soumise à la Cour de cassation. Un créancier avait en vertu de l'article 1166 poursuivi le dé-

cier aura recours à la saisie de l'action, au préjudice du débiteur (*Sic* : Labbé, *Rev. crit.*, *op. cit.*, n° 25). Ce droit d'option ne peut exister à notre avis, car nous n'avons pas admis que les actions puissent faire l'objet d'une saisie.

(1) Les effets que la jurisprudence attribue au jugement de validité en matière de saisie-arrêt sont du reste fort contestables.

(2) V. Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, n° 25 ; Demolombe, t. XXV, n° 120.

biteur de son débiteur sans se faire subroger préalablement. Il s'agissait de savoir si la poursuite ainsi opérée pouvait avoir pour effet d'interrompre la prescription à l'égard du créancier. La Cour de cassation décide que la subrogation est inutile et répond affirmativement. Si elle avait admis, au contraire, la nécessité de cette formalité, elle aurait logiquement décidé que la prescription n'était pas interrompue et le créancier aurait pu se trouver ainsi lésé (1).

Enfin la subrogation judiciaire est encore inutile pour sauvegarder les droits du tiers poursuivi. Sans elle, a-t-on dit, le jugement rendu au profit du tiers poursuivi ne serait pas opposable au débiteur qui pourrait à nouveau intenter l'action (2). Nous verrons que la mise en cause, que le tiers poursuivi peut demander, parera à cet inconvénient. Or la mise en cause est là une formalité plus simple, plus rapide et moins coûteuse que la subrogation judiciaire puisqu'elle n'exige pas une instance préalable.

En résumé, nous avons recherché quelle pouvait être l'utilité de la subrogation judiciaire vis-à-vis du créancier poursuivant, du tiers poursuivi, du débiteur; et nous avons vu que cette formalité loin d'engendrer des résultats heureux ne peut qu'alourdir et retarder la procédure. Le système de la jurisprudence nous paraît donc parfaitement justifié, et nous l'approuvons sans réserve.

Cependant la force de la tradition est telle que l'on n'a pu se résoudre à condamner aussi formellement la subrogation judiciaire, et certains auteurs ont cherché à concilier les deux opinions contraires dans une doctrine éclectique (3) : suivant MM. Aubry et Rau il faut distinguer deux

(1) Cass., 2 juillet 1851, S. 51.1.593.

(2) Proudhon, t. IV, n° 2305.

(3) Aubry et Rau, t. IV, § 312, p. 118-120, et note 4. — Comp. Bourgeois, thèse de doctorat.

hypothèses. « La subrogation est inutile quand le but des créanciers est uniquement de conserver le patrimoine qui forme leur gage et de prévenir une prescription, une déchéance ou toute autre perte qu'ils pourraient subir à raison de l'inaction de leur débiteur. » Elle est au contraire nécessaire « en tant qu'il s'agit pour les créanciers de s'assurer à l'encontre de leur débiteur et des tiers le bénéfice du droit et de l'action qu'ils exercent en son nom ». Ainsi l'action indirecte remplirait un double rôle. Tantôt elle constituerait une mesure conservatoire, tantôt une mesure agressive, et c'est dans ce dernier cas seulement que la subrogation serait nécessaire. Cette doctrine qui aboutit en somme à transformer une question de droit en une question de fait n'a pas fait fortune. Elle est en effet basée sur une distinction absolument étrangère au texte simple et absolu de l'article 1166, et dès lors arbitraire. Elle repose aussi sur une confusion. Le droit de prendre des mesures conservatoires, dans le but unique de maintenir l'intégrité du patrimoine du débiteur, n'est pas, nous l'avons vu, une application de l'article 1166. L'un des deux termes de la distinction que proposent MM. Aubry et Rau est donc étranger à notre sujet, et leur doctrine doit être ramenée en définitive à celle qui exige une subrogation judiciaire préalable, et que nous avons déjà combattue (1).

Nous avons déjà indiqué que la jurisprudence par la constance et la fermeté de ses arrêts avait peu à peu ramené à elle bien des auteurs dans la doctrine. Néanmoins, il y a encore des hypothèses spéciales où la théorie de la subrogation judiciaire s'est maintenue et où la jurisprudence s'est montrée plus hésitante. Nous faisons allusion

(1) Comp. la critique de ce système par M. Laurent, t. XVI, n° 398.

au cas où un créancier prétend, en vertu de l'article 1166 du Code civil, user d'une voie d'exécution forcée qui appartient à son débiteur. Les tribunaux ont eu à trancher la question assez fréquemment à propos de la saisie-arrêt.

Posons nettement l'hypothèse. Primus est créancier de Secundus qui est à son tour créancier de Tertius qui est lui-même créancier de Quartus.

Primus peut certainement faire une saisie-arrêt entre les mains de Tertius sur Secundus son débiteur. C'est là l'hypothèse ordinaire ; mais Primus peut-il en exerçant les droits de Secundus son débiteur faire une saisie-arrêt sur Tertius et entre les mains de Quartus débiteur du débiteur de son débiteur ?

La question est en général tranchée dans le sens de l'affirmative (1). Mais on discute la question de savoir si dans cette hypothèse spéciale le créancier poursuivant ne devra pas se faire subroger judiciairement dans les droits et actions de son débiteur. La majorité des auteurs exigent dans ce cas une subrogation préalable (2), et il y a de nombreux arrêts dans ce sens (3).

(1) V. cependant en sens contraire : Huc, *Comment. théor. et prat. du C. civ.*, t. VII, n° 190 et *Traité de la cession*, t. I, n° 87. « De la possibilité d'exercer une action il ne faut pas conclure, dit cet auteur, à la possibilité d'exercer une poursuite du chef de son débiteur. » Les voies d'exécution constituent des actes d'administration et les créanciers ne peuvent pas en vertu de l'article 1166 s'immiscer dans le patrimoine de leur débiteur. — Comp. Chauveau et Carré, *Lois de la proc.*, t. IV, question 1929 *bis*, p. 566. Mais cette opinion reste isolée et on interprète en général d'une façon plus large l'article 1166. — V. en ce sens : Garsonnet, 1re édit., t. 3, § 535, p. 475.

(2) Bioche, *Dict. de proc. civ.*, V° *Saisie-arrêt* ; Dalloz, *Répert. Alphab.*, V° *Obligations*, nos 944 et 945 ; *Pand. franç.*, *Répert. Alphab.*, V° *Obligations*, n° 2712 ; Chauveau et Carré, t. IV, question 1929 *bis* ; Garsonnet, *Traité de proc.*, t. III, § 589 (1re édit.).

(3) Rouen, 23 novembre 1838, S. 39.2.226 ; Orléans, 7 juin 1855;

A l'appui de cette doctrine on invoque que les voies d'exécution sont des mesures particulièrement graves et que si les créanciers pouvaient en user *de plano* il y aurait peut-être là une source d'abus très regrettables. En ce qui concerne plus particulièrement la saisie-arrêt on indique que pour saisir-arrêter il faut être créancier personnel de celui pour qui on saisit-arrête. De plus, les formes dans lesquelles une saisie-arrêt peut être opérée ont été réglementées avec un soin minutieux par le législateur dans le Code de procédure civile. Or il ne fait figurer dans cette procédure que trois personnes qui jouent un rôle bien déterminé : le saisissant, le débiteur saisi, le tiers saisi. Il paraît donc impossible de faire intervenir dans l'instance une quatrième personne. Si le législateur avait entendu autoriser une procédure aussi complexe, il n'aurait pas manqué d'en déterminer les règles pour sauvegarder les droits de tous. Ces considérations exposées, on fait intervenir la subrogation judiciaire et on démontre qu'elle simplifie la situation. Grâce à elle le créancier saisissant s'identifie en quelque sorte avec le débiteur dont il exerce les droits. Leurs deux personnes n'en font plus qu'une et la procédure devient celle qui a été réglementée par le Code de procédure civile.

La nécessité de la subrogation judiciaire a cependant été contestée, même dans cette hypothèse (1), et c'est avec raison à notre avis. Pourquoi introduire dans la procédure

S. 55.2.487 ; Lyon, 30 juin 1887, D. 88.2.59 ; Poitiers, 24 janvier 1889, D. 90.2.97 et la note ; Trib. civ. Grenoble, 24 juin 1896, *La Loi*, 7 et 8 août 1896.

(1) Pigeau, *Comment. du C. de proc. civ.*, t. II, p. 154 ; Roger, *Traité de la saisie-arrêt*, nos 126 et 127 ; Boulet et Dubouloz, *Code de la saisie-arrêt*, nos 58 et suiv.

de la faculté accordée aux créanciers par l'article 1166 des distinctions que ce texte ne suppose pas? Une pareille doctrine est arbitraire. D'ailleurs les arguments qu'on a invoqués pour démontrer la nécessité d'une subrogation judiciaire peuvent être réfutés.

A l'argument tiré de ce que le Code de procédure civile n'a pas réglementé une saisie-arrêt à quatre personnes, on peut répondre qu'il n'a pas davantage réglementé une saisie-arrêt à deux personnes, et cependant on admet en doctrine et en jurisprudence que dans cette procédure une même personne peut jouer le rôle de créancier saisissant et de tiers saisi (1).

Quant à la complication de la procédure, elle est plus apparente que réelle. En effet, le créancier saisissant ne manquera jamais dans la pratique de mettre en cause son débiteur. Cette mise en cause suffira pour que le créancier saisissant et le débiteur dont le droit est exercé puissent être considérés comme une seule et même personne.

Ce sont ces considérations qui ont inspiré sans doute les magistrats de la Cour de Dijon, dans un arrêt du 17 février 1897 (2). L'arrêt pose en principe que la disposition de l'article 1166 est très générale et doit être interprétée dans le sens le plus large. Les créanciers subrogés *ipso jure* aux droits et actions de leur débiteur sont donc fondés à recourir sans autorisation judiciaire préalable à toutes les voies d'exécution qu'il aurait pu pratiquer lui-même.

La tendance de la jurisprudence actuelle consiste donc à rejeter d'une manière absolue la nécessité d'une subro-

(1) Cass., 27 juillet 1891, S. 92.2.225 et la note de M. Labbé. — V. aussi : S. 1901.1.248.

(2) D. 98.2.31.

gation judiciaire et, c'est avec raison, puisque cette formalité n'a plus sa raison d'être de notre droit.

§ 2. — De l'intervention forcée du débiteur à l'instance introduite par le créancier en vertu de l'article 1166 (mise en cause et assignation en déclaration de jugement commun).

Si la subrogation judiciaire peut être considérée aujourd'hui comme une formalité inutile, l'intervention forcée du débiteur à l'instance introduite par son créancier nous paraît être de la plus haute importance. C'est qu'en effet si le débiteur principal est partie à l'instance il sera assez facile de déterminer les rapports juridiques qui naissent de l'exercice de l'action indirecte. Le jugement qui interviendra liera toutes les parties en cause. Si au contraire cette formalité est omise, la situation des parties sera des plus complexes et les rapports juridiques qu'engendre l'exercice de l'action souvent fort difficiles à déterminer. Aussi dans la pratique ce cas ne se présentera presque jamais. Le créancier agissant appellera en cause le débiteur principal en même temps qu'il introduira une instance contre le tiers débiteur de son débiteur. Et si le créancier agissant néglige cette formalité, le tiers poursuivi, qui a intérêt à ce que le jugement à intervenir soit opposable au débiteur principal l'assignera en déclaration de jugement commun.

Voilà donc comment les choses se passent dans la pratique, et nous croyons que cette procédure peut aisément se justifier.

On a cependant soutenu qu'elle n'était pas conforme à notre législation et qu'elle violait les principes les plus élémentaires du droit. « Il semble difficile, dit M. Boneval-

Faure (1), d'imaginer une violation plus grave de la maxime : *Invitus agere nemo cogatur*, qui n'est pas vraie pour venir des Romains mais mieux que cela, est le principe sur lequel repose le droit de la procédure tout entier. » On ajoute que nos lois actuelles sont muettes sur l'intervention forcée. Il est vrai que les tribunaux consacrent couramment cette procédure, mais c'est là une tradition qui peut être critiquée, et qui doit l'être, parce qu'elle ne repose sur aucun texte et porte atteinte à la faculté qui appartient à toute personne de décider en toute liberté si elle doit défendre ses droits menacés ou violés.

Cette opinion est restée isolée, et tous les auteurs ont reconnu la légalité de cette procédure à raison de son utilité même. Sans doute il est vrai que le tiers que l'on force à intervenir au procès sera ainsi privé du droit d'attaquer au moment qui lui paraîtra le plus favorable. Mais c'est là un inconvénient bien léger en présence des avantages que présente l'intervention forcée. Cette procédure trouve en effet sa raison d'être dans le grand principe de l'abréviation des procédures, principe admis par les tribunaux et appliqué bien souvent. Elle est fondée sur la nature même des choses, sur la nécessité, et si le législateur n'a pas, dans le Code de procédure, consacré un chapitre spécial à l'intervention forcée (2), il en a, du

(1) *Rev. crit.*, 1888, « L'intervention passive ou forcée dite assignation en déclaration de jugement commun », p. 462 à 480. Bioche, *Dict. de proc. civ.*, V° *Intervention* ; Merlin, *Répert.*, V° *Intervention* ; Carré et Chauveau, t. III, question 1271 ; Rousseau et Laisney, *Dictionnaire théor. et prat. de proc.*, V° *Intervention*, n° 132; Garsonnet, 2e édit., t. III, § 958, p. 261 ; Glasson, *Précis théor. et prat. de proc. civ.*, 1902, t. I, p. 659.

(2) Trois projets de loi ont été successivement déposés pour réglementer l'intervention forcée. Le premier date de 1866. Le but de

moins, fait une application en réglementant l'exception dilatoire de garantie. Enfin l'intervention forcée paraît être la conséquence nécessaire et logique du droit qu'ont les tiers lésés par un jugement de former opposition. L'un de ces droits est la contre-partie de l'autre. Il ne faut pas que les parties en cause puissent rester indéfiniment exposées aux attaques des tiers sans pouvoir les obliger à faire connaître leurs prétentions.

L'intervention forcée nous paraît donc parfaitement légitime (1), et nous reconnaissons au créancier poursuivant le droit de mettre son débiteur en cause, ainsi qu'au tiers poursuivi le droit d'assigner le débiteur principal en déclaration de jugement commun.

Mais faut-il aller plus loin et dire que si les parties en cause ne suivent pas cette procédure, le tribunal pourra d'office ordonner la mise en cause du débiteur à la diligence de celle des parties qu'il désignera.

la commission était de consacrer l'usage suivi par la pratique en donnant à toute partie intéressée le droit de faire intervenir un tiers pour voir déclarer que le jugement serait commun avec lui. Le projet reconnaissait au tribunal le droit d'ordonner d'office la mise en cause des tiers. Le deuxième projet a été déposé le 19 octobre 1886. Il reproduisait le projet antérieur, sauf l'article autorisant les tribunaux à ordonner d'office la mise en cause des tiers. Enfin le dernier projet a été déposé au nom du gouvernement par M. Thévenet, garde des sceaux, le 6 mars 1890. Son but est la révision de la première partie du Code de procédure civile et il contient cinq articles relatifs à l'intervention forcée. Il s'est inspiré des précédentes propositions, mais il ne parle pas plus que le projet de 1886 du droit des tribunaux d'ordonner la mise en cause des tiers d'office. L'innovation la plus importante est l'abandon de la voie de la requête comme mode d'introduction de l'intervention qui doit être formée par acte de conclusions.

(1) La question ne se pose bien entendu que tout autant que le débiteur n'intervient pas volontairement comme il a le droit de le faire. — Comp. Garsonnet, 2e édit., t. I, § 311, p. 524, note 7.

On l'a soutenu (1), et ce serait une application d'un principe qui paraît admis par la jurisprudence d'une façon à peu près constante, et d'après lequel les juges ont le droit d'ordonner d'office la mise en cause des tiers qui pourraient former tierce opposition au jugement (2). Cette jurisprudence est basée sur cette idée que la mise en cause ou l'assignation en déclaration de jugement commum constitue une simple mesure d'instruction. Néanmoins elle est en général critiquée dans la doctrine, et la plupart des auteurs estiment que les juges sortiraient de la réserve qu'ils doivent observer en appelant eux-mêmes au procès un tiers que les parties n'ont pas entendu lier à l'instance. Le rôle du juge est avant tout un rôle passif ; il doit trancher les contestations qui lui sont soumises, mais aucun texte (3) ne l'autorise à étendre l'autorité de son jugement à des tiers qui sont en dehors du procès.

Ces critiques nous paraissent quelque peu exagérées, et nous serions assez portés à approuver la doctrine de la jurisprudence. La mise en cause est une formalité dont l'utilité pratique est incontestable et incontestée. Alors

(1) Demolombe, t. XXV, n° 108 ; Garsonnet, 2e édit., t. I, § 311. p. 524 et note 8.

(2) Cass., 1er août 1859, D. 59.1.353 ; Cass., 2 août 1876, D. 77. 1.224 ; Rouen, 13 juin 1881, D. 83.2.110 ; Bordeaux, 31 juillet 1893, D. 94.2.541 ; Caen, 24 janvier 1898, S. 98.2.88. — V. un jugement du tribunal civil de Grenoble qui décide que la mise en cause doit être ordonnée par le tribunal quand le tiers poursuivi prétend faire sur la dette certaines imputations et ne devoir que le reliquat de la somme réclamée, *Recueil Grenoble*, 89.1.167.

(3) Le projet de loi sur l'intervention forcée déposé en 1866 reconnaissait ce pouvoir aux tribunaux, mais les projets de 1886 et de 1890 étaient muets sur ce point. Le Code de procédure italien de 1865 reconnaît au contraire ce pouvoir aux juges dans ses articles 203 à 205.

pourquoi ne pas autoriser les juges à sauvegarder les intérêts de tous, en obligeant les parties à provoquer l'intervention d'un tiers, surtout lorsque cette intervention est de nature à éclairer le débat.

Nous reconnaissons donc au débiteur le droit d'intervenir volontairement, nous reconnaissons aussi au créancier poursuivant et au tiers poursuivi le droit de l'obliger à intervenir au procès, nous donnons enfin ce droit aux juges. Mais il reste à trancher une dernière question à propos de la mise en cause. Reste-t-elle purement facultative, ou bien constitue-t-elle une condition indispensable en l'absence de laquelle la procédure ne sera pas valable ? En d'autres termes, les créanciers se rendront-ils non recevables dans leur poursuite par cela seul qu'ils auront omis cette formalité ?

Quelques auteurs (1) l'ont soutenu. Il est vrai que l'article 1166 ne parle pas de l'intervention du débiteur principal au procès, mais ce silence ne prouve rien, puisque le législateur a négligé d'une façon absolue de réglementer les conditions d'exercice de l'action indirecte. D'ailleurs, si l'on refuse d'admettre la nécessité de cette formalité de procédure on se trouve aux prises avec des difficultés à peu près insurmontables. Enfin on a invoqué à l'appui de cette doctrine l'article 123 de la loi municipale du 5 avril 1884. Le quatrième alinéa de ce texte fournit en effet un argument d'analogie ; il est ainsi conçu : « La commune ou section de commune sera mise en cause et la décision qui interviendra aura effet à son égard ». Ce n'est pas là, a-t-on dit, une disposition exceptionnelle comme

(1) Demolombe, t. XXV, n° 107 ; Garsonnet, 2e édit., t. I, p. 524, note 9 ; Arvet, thèse de doctorat, p. 77 ; Orléans, 3 juillet 1847, D.47.4.343 ; Trib. Seine, 18 février 1888, *Le Droit*, 30 mars 1888.

celle qui exige la mise en demeure, ou l'autorisation préalable du conseil de préfecture. C'est l'application d'un principe de droit commun. Il convient donc de généraliser la solution.

Malgré cette argumentation, le système qui voit dans l'intervention forcée du débiteur une condition indispensable à la validité de la procédure n'a triomphé ni en doctrine (1), ni en jurisprudence (2). Il faut tout d'abord écarter l'argument d'analogie que l'on a prétendu tirer de la loi municipale de 1884. Il est en effet bien difficile d'admettre que la réglementation organisée par l'article 123 est basée tantôt sur des considérations spéciales qui en font un texte exceptionnel, tantôt sur les principes généraux. Nous avons déjà indiqué que cette disposition législative rentrait dans un système de tutelle administrative étranger au droit civil. Cela suffit pour qu'elle ne soit pas susceptible de généralisation.

Cet argument écarté, il reste à savoir si l'on peut dans le but de prévenir des difficultés très sérieuses et de régulariser la procédure de l'action indirecte créer une déchéance dont la loi ne parle pas. La majorité des auteurs n'a pas cru devoir aller jusque-là et la jurisprudence ne s'est pas montrée plus audacieuse.

On peut le regretter, car il y a là une source de difficultés et une véritable lacune dans notre Code. Sans doute, il est très désirable de simplifier dans la plus large mesure

(1) Laurent, t. XVI, n° 400 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, n° 135 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 635 ; Planiol, t. II, n° 311 ; Périer, thèse de doctorat, p. 185.

(2) Cass., 23 janvier 1849, S. 49.1.193 ; Bourges, 21 mai 1859, S. 60.2.432 ; Caen, 29 décembre 1870, S. 71.2.265 ; Trib. com. Seine, 28 février 1887, *Gaz. Pal.*, 87.1.358.

possible la procédure, mais nous sommes ici en présence d'une condition de forme vraiment indispensable. Il serait donc à souhaiter qu'une loi vînt combler cette lacune.

Nous arrivons ainsi au terme de notre étude sur les conditions d'exercice de l'action indirecte et il nous sera facile de résumer en quelques mots ces développements. En définitive, tout créancier dont la créance est exigible peut se substituer à son débiteur pour exercer les actions qui font partie de son patrimoine. Il faut et il suffit que ce créancier remplisse les conditions requises pour agir en justice. Il peut toujours obliger son débiteur à intervenir à l'instance, et il serait à souhaiter qu'il y fût obligé. Cette réglementation est celle que la jurisprudence a su faire triompher dans la pratique, en éliminant peu à peu toutes les formalités inutiles que l'on avait tenté d'imposer aux créanciers ; elle nous paraît donner pleine et entière satisfaction à ce grand principe admis par toutes les législations ; « celui de l'abréviation des procédures ». En étudiant les effets de l'action indirecte nous nous efforcerons de démontrer qu'elle peut sauvegarder les droits de toutes les parties intéressées. Et c'est cette étude que nous allons maintenant aborder.

CHAPITRE IV

DES EFFETS DE L'EXERCICE PAR LES CRÉANCIERS DES DROITS ET ACTIONS DE LEUR DÉBITEUR.

Nous avons vu, en étudiant les conditions d'exercice de l'action indirecte, que les divergences doctrinales tendaient à s'effacer de plus en plus dans la pratique, grâce à la fermeté et à la constance de la jurisprudence. Elles se sont maintenues au contraire, plus nettes et plus fortes dans la réglementation des effets de l'action indirecte, parce que les tribunaux se sont montrés plus hésitants. il faut reconnaître d'ailleurs que cette matière est particulièrement difficile. Tout d'abord, nous ne trouvons aucun renseignement dans l'article 1166, et nous ne pouvons nous baser que sur les principes généraux du droit. De plus, l'action indirecte engendre des rapports juridiques très complexes, comme toute institution qui met en présence plus de deux personnes. On sait à quelles difficultés on se heurte quand on essaie de déterminer les effets produits par la saisie-arrêt, et cependant c'est là une institution réglementée avec une certaine minutie par le Code de procédure civile. Or cette complexité de rapports juridiques, nous la retrouvons quand il s'agit de l'action indirecte. Cette action engendre en effet des rapports entre le créancier poursuivant et son débiteur indirect, le tiers poursuivi, entre le créancier poursuivant et son débiteur direct, enfin entre le débiteur direct et le

débiteur indirect, débiteur du débiteur. Il faut en outre envisager quels sont les rapports qui peuvent exister entre les créanciers poursuivants et les autres créanciers du débiteur direct.

Ce n'est pas tout : on a encore compliqué cette question déjà très complexe en faisant intervenir l'idée de représentation, et l'on a soutenu que les créanciers agissant en vertu de l'article 1166 étaient les mandataires soit judiciaires, soit légaux de leur débiteur.

Nous diviserons ce chapitre en deux parties : dans la première, nous rechercherons si l'article 1166 implique nécessairement l'idée de représentation ; dans la seconde, nous établirons comment doivent être réglementés les différents rapports dont l'article 1166 suppose l'existence.

SECTION I. — L'article 1166 implique-t-il nécessairement l'idée de représentation (1) ?

La notion de représentation est certainement l'une des plus flottantes et des plus indécises qu'il y ait dans notre droit. Notre Code civil ne contient pas une théorie générale de la représentation, et on s'est assez peu préoccupé dans

(1) On formule souvent cette question sous une forme différente. Les créanciers qui agissent en vertu de l'article 1166, agissent-ils au nom de leur débiteur ou en leur nom propre ? Cette formule nous paraît mauvaise parce qu'elle est obscure et peut être interprétée dans deux sens différents. En disant que les créanciers agissent au nom de leur débiteur, on peut entendre qu'ils exercent une action qui ne leur appartient pas, mais on peut aussi vouloir dire qu'ils sont les représentants de leur débiteur et alors on soutient une doctrine contestable.

la doctrine de l'analyser et de préciser son domaine (1). Il semble au contraire qu'on ait profité de ce manque de précision pour faire intervenir cette notion toutes les fois qu'elle pouvait engendrer un résultat désirable. Ainsi sans sortir du domaine des obligations on qualifie de représentants non seulement les administrateurs du patrimoine d'autrui, tuteur, mandataire, gérant d'affaires, mais encore on désigne ainsi les créanciers qui agissent en vertu de l'article 1166. Il y a là à notre avis une véritable exagération et nous allons essayer de démontrer que les créanciers qui intentent l'action indirecte ne sont à aucun titre les représentants de leur débiteur (2).

Exposons d'abord la doctrine la plus absolue. Certains auteurs ont soutenu que les créanciers qui agissent en vertu de l'article 1166 sont les mandataires de leur débiteur. Mais, d'accord sur le principe, on ne l'est plus quand il s'agit de déterminer la nature juridique et le fondement de ce prétendu mandat.

Les uns le qualifient de mandat judiciaire et le basent sur la subrogation préalable que doivent obtenir les créanciers avant d'exercer les droits de leur débiteur. La subrogation judiciaire a donc pour effet de faire des créanciers des mandataires de leur débiteur dans l'instance qu'ils introduisent (3).

Ce ne sont certainement pas les principes du droit romain qui peuvent justifier une pareille doctrine, puisque ce n'étaient pas les créanciers eux-mêmes mais bien le *curator bonorum* qui figurait dans l'instance ; et nous

(1) V. cependant, Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse de doctorat, 1897.

(2) Pilon, *op. cit.*, n° 9.

(3) Colmet de Santerre, t. V, n° 81 *bis*, V.

croyons qu'il serait aussi difficile de justifier par les textes de notre ancien droit cet effet exorbitant que l'on veut attribuer à cette formalité de procédure. Nous avons d'ailleurs démontré que la subrogation judiciaire n'avait plus de raison d'être dans notre droit, et ceci nous dispense de discuter plus longuement cette doctrine.

D'autres auteurs ont soutenu que les créanciers sont les mandataires légaux de leur débiteur. C'est l'article 1166 lui-même qui serait la source de ce mandat légal. Les créanciers sont des mandataires intéressés qui trouvent dans leur qualité même de créanciers leur titre de mandataires. Voici comment M. Mourlon (1) explique l'existence de ce mandat légal. « Le créancier, dit-il, n'exerce pas un droit qui lui est propre ; c'est le droit du débiteur qu'il fait valoir ; il agit donc au nom et du chef du débiteur de la même manière qu'un mandataire agit au nom du mandant. »

Ainsi de ce que le créancier exerce un droit qui n'est pas le sien on en conclut qu'il est un mandataire. Est-ce là une conséquence logique et nécessaire, il est permis d'en douter, et un texte formel nous paraîtrait nécessaire pour admettre la théorie du mandat légal.

On peut enfin distinguer un troisième système au milieu de ces divergences. Il a été surtout développé par Demolombe qui l'emprunte à Proudhon (2). Il est moins absolu que les précédents et consiste à affirmer l'existence d'un mandat *sui generis* au profit des créanciers. Ils sont des mandataires en ce sens qu'ils exercent le droit de leur

(1) Mourlon, t. II, n° 1171 ; Larombière, t. II, sur art. 1166, n° 22 et sur art. 1351, n° 126.

(2) Demolombe, t. XXV, n° 13 ; Proudhon, t. V, n° 2300 ; Aubry et Rau, t. V, § 312, p. 122.

débiteur et « qu'ils ne sauraient en cette occurrence avoir d'autres droits que le sien ». Mais ils agissent aussi dans leur intérêt personnel, en ce sens qu'ils exercent le droit de leur débiteur afin d'être payés du montant de leurs créances. Et M. Demolombe conclut qu'il s'agit « d'un mandat que la loi confère aux créanciers à la fois au nom de leur débiteur et dans leur propre intérêt... *tua et aliena gratia*, suivant les expressions de Justinien ». Les créanciers sont des *procuratores in rem suam*.

On pourrait se demander si un pareil mandat existe dans notre législation, et si le législateur a entendu faire revivre dans l'article 1166 la notion de la *procuratio in rem suam* telle que l'avait créée le droit romain. C'est bien peu probable. Mais il y a mieux. M. Demolombe s'est mis en frais d'imagination pour exprimer deux idées très simples : d'une part, les créanciers qui intentent l'action indirecte exercent le droit de leur débiteur, ce qui n'implique à aucun degré l'idée de mandat ni de *procuratio in rem suam* ; d'autre part, ils agissent dans leur intérêt personnel. C'est dans cette double proposition que réside la vérité, et c'est en tenant compte de ces deux idées qu'il faut réglementer les effets de l'action indirecte (1).

Quant à l'idée de mandat elle est absolument étrangère à l'article 1166 du Code civil. Elle est même formellement condamnée par les explications données par Bigot de Preameneu dans son Exposé des motifs à propos de l'action indirecte : « C'est leur action directe que les créanciers intentent, ils *ne représentent pas la personne de leur débi-*

(1) Huc, *Comment. théor. et prat.*, t. VII, n° 187 et suivants ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. II, n° 637. — Comp. Périer, thèse de doctorat, p. 120 ; Garsonnet, 2e édit., t. I, § 340, p. 521-522, note 6.

teur » (1). On peut donner divers sens à cette phrase, mais il paraît bien en résulter que, dans l'esprit de l'orateur du gouvernement, le créancier qui exerce les actions de son débiteur en vertu de l'article 1166 n'est pas le représentant de ce débiteur, et que l'article 1166 exclut toute idée de représentation. Enfin cette doctrine du mandat nous paraît contraire aux principes les plus élémentaires du droit civil. Il est élémentaire en effet que c'est le débiteur qui représente ses créanciers et non les créanciers qui représentent le débiteur. La raison seule suffirait donc à condamner l'idée de mandat, car c'est une doctrine bien bizarre que celle qui par un singulier renversement des rôles arrive à faire du débiteur l'ayant cause de son créancier.

Contraire à la loi et à la raison, l'idée de mandat n'a jamais eu pour résultat que de jeter de la confusion dans les esprits et d'engendrer des controverses. Cette idée paraît cependant acceptée par la jurisprudence et l'on trouve assez souvent, même dans les arrêts récents, les expressions de « mandataires légaux » et de « mandat légal » (2).

L'idée de représentation est aussi la source de difficultés. C'est qu'en effet, les divergences se produisent entre les auteurs non seulement quand il s'agit de déterminer quelle est l'origine et la nature juridique du mandat conféré par l'article 1166 aux créanciers, mais aussi quand

(1) Fenet, t. XIII, p. 238. De même le tribun Mouricault dans son discours au Corps législatif déclare, que c'est « pour leur intérêt » que les créanciers peuvent exercer les actions de leur débiteur. Fenet, t. XIII, p. 325.

(2) Cass., 23 janvier 1849, S. 49.1.193. Voyez parmi les arrêts récents l'arrêt de la Cour de Dijon du 29 mars 1897 déjà cité, S. 1900.2.305 (motifs).

il s'agit de déterminer quelles sont les limites, quelle est l'étendue de ce prétendu mandat.

A ce nouveau point de vue, on peut distinguer en effet la doctrine de la représentation parfaite et la doctrine de la représentation imparfaite.

La doctrine de la représentation parfaite a été surtout soutenue par M. Colmet de Santerre. Quand le créancier a obtenu la subrogation judiciaire, il est pleinement substitué à son débiteur, et il le représente dans tous les cas, quelle que soit l'issue du procès. Si le jugement est favorable au créancier le débiteur peut s'en prévaloir contre le tiers poursuivi, et si au contraire il est défavorable au créancier le tiers poursuivi peut l'opposer au débiteur (1).

Mais d'autres auteurs ont voulu voir dans l'article 1166, une application de la théorie dite de la représentation imparfaite. Cette théorie, dont on ne trouve aucune trace dans notre Code civil et qui était également étrangère au droit romain, a été élaborée par la doctrine française et s'est développée à propos de la théorie des obligations solidaires (2). En matière de solidarité elle consiste à dire que les codébiteurs solidaires sont les mandataires les uns des autres. Mais ce mandat leur est donné seulement *ad conservandam, et perpetuandam, non ad augendam obligationem.* De même quand il s'agit de l'action indirecte, on reconnaît que les créanciers sont les mandataires de leur débiteur, mais ce mandat est un mandat restreint, de telle sorte que si les créanciers peuvent exercer les droits de leur débiteur, ils ne peuvent porter

(1) Colmet de Santerre, t. V, n° 81 *bis*, V.

(2) Pilon, *op. cit.*, thèse de doctorat, n° 9 et p. 140 et suiv. — V. aussi Tissier, note S. 93.1.81 ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil,* t. VII, n° 306 et t. VIII, n° 317.

atteinte à ces droits. Au point de vue de l'autorité de la chose jugée, il en résulte notamment que si le créancier triomphe dans sa demande, le débiteur peut se prévaloir du jugement, tandis que ce jugement ne lui est pas opposable, si le créancier poursuivant perd son procès.

La théorie de la représentation imparfaite qui paraissait avoir trouvé un certain crédit dans la doctrine et qui pénétrait non sans quelque difficulté du reste dans la jurisprudence, est aujourd'hui assez combattue. C'est avec raison à notre avis, car il nous paraît assez peu juridique et assez peu équitable de mesurer l'efficacité de la représentation au résultat obtenu. Quel singulier mandataire que celui qui ne représente une personne en justice que tout autant que la décision rendue lui sera favorable (1) !

En réalité, les auteurs qui ont cru que l'action indirecte impliquait nécessairement l'idée de mandat, sont tombés dans ce travers de notre méthode traditionnelle qui consiste dans un abus immodéré des constructions théoriques *à priori*.

Il semble donc bien que les idées de mandat et de représentation doivent être rejetées parce qu'elles n'ont pas été présentes à l'esprit des rédacteurs du Code civil et que la rédaction de l'article 1166 du Code civil n'en suppose nullement l'existence.

Cependant ce n'est pas sans regrets que nous nous décidons à admettre cette conclusion, car nous verrons bientôt

(1) C'est surtout à propos de la théorie des obligations solidaires que la doctrine de la représentation imparfaite a été attaquée. — V. la note de M. Tissier, S. 93.1.81 ; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, n° 74, p. 149 ; Saleilles, *Théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand*, 2e édit., n° 118, p. 115 et 116. Mais ces critiques ont une portée générale.

quelles sont les conséquences regrettables qu'engendre la doctrine de la non-représentation. Aussi nous nous demandons s'il ne serait pas possible de maintenir cette idée de représentation en la considérant non pas comme une conception objective, mais comme une conception toute subjective destinée à corriger les conséquences regrettables découlant des principes trop absolus de notre Code (1). Si en effet l'idée de représentation n'a pas été présente à l'esprit du législateur, et nous l'avons reconnu, il n'en reste pas moins vrai que l'article 1166 ne l'exclut pas d'une façon formelle. Et ne peut-on pas alors déclarer qu'en présence du silence de la loi, le domaine de l'interprétation est libre et qu'il est permis de faire intervenir une conception subjective qui rende plus justes et plus cohérentes les solutions qui découlent de l'article 1166. Si cette méthode ne paraît pas trop hardie, il nous semble possible d'asseoir cette conception sur une base solide. Remarquons en effet, qu'il y a une tendance très marquée dans la doctrine moderne à ne plus considérer l'obligation comme un lien de droit étroitement personnel, unissant deux personnes nettement déterminées. La notion du lien obligatoire a bien changé depuis le droit romain, et on l'envisage beaucoup plus comme un rapport unissant deux patrimoines que comme un rapport unissant deux personnes. On en arrive à dire que c'est le patrimoine qui doit au patrimoine et non plus le débiteur qui doit au créancier... Le patrimoine passe au premier rang et représente le créancier ou le débiteur.

Pourquoi ne dirait-on pas alors en appliquant à la théorie de l'action indirecte cette façon nouvelle d'envisa-

(1) Comp. Gény, *op. cit.*, n° 158, p. 466-467.

ger la nature du lien obligatoire que le débiteur est représenté par son droit quand ce droit est exercé par ses créanciers ?

Néanmoins, comme cette méthode pourrait paraître trop hardie d'une part, trop en contradiction avec la pensée des rédacteurs du Code civil d'autre part (1), nous nous contentons de l'indiquer et nous exposerons les conséquences qui découlent du principe de la non-représentation.

SECTION II. — Etude des rapports juridiques engendrés par l'exercice de l'action indirecte.

Nous rappelons que l'exercice de l'action indirecte donne naissance à des rapports juridiques de quatre ordres différents et nous allons envisager successivement les effets de cette action : dans les rapports du créancier poursuivant et du tiers poursuivi ; dans les rapports entre le créancier poursuivant et son débiteur direct ; dans les rapports entre le débiteur direct et le débiteur indirect ; enfin dans les rapports entre le créancier poursuivant et les autres créanciers du débiteur commun.

§ 1. — Rapports juridiques existant entre le créancier poursuivant et le tiers poursuivi.

Les créanciers intentent l'action indirecte, dans leur

(1) V. p. 118, texte et note 1 de notre thèse. — Nous verrons d'ailleurs, dans notre conclusion, qu'il est peut-être possible de justifier toutes les conséquences que l'on fait découler de l'idée de représentation, tout en rejetant cette idée et en donnant une interprétation nouvelle de l'article 1166 du Code civil.

propre intérêt, avons-nous dit, mais les droits qu'ils exercent sont ceux de leur débiteur. Ce principe est fécond en conséquences ; il est de la plus haute importance et domine la question que nous abordons.

Il faut en effet en conclure que toutes les exceptions que le tiers poursuivi aurait pu opposer au débiteur, s'il avait exercé son droit lui-même, il pourra les opposer au créancier qui agit en vertu de l'article 1166, car l'ayant cause ne saurait avoir plus de droits que le débiteur (1).

Nous n'envisageons bien entendu ici que les exceptions dont la cause est antérieure à la demande du créancier ; nous ne pourrons en effet trancher la question de savoir si le tiers poursuivi peut opposer au créancier poursuivant les exceptions dont la cause est postérieure à la demande, que lorsque nous aurons déterminé les effets de l'action indirecte dans les rapports du créancier poursuivant et du débiteur principal.

Mais en ce qui concerne les exceptions dont la cause est antérieure à la demande des créanciers, il n'est pas douteux qu'elles puissent lui être opposées par le tiers poursuivi. La jurisprudence a très souvent fait application de ce principe consacré par l'adage : *Qui jure alterius utitur eodem jure uti debet.*

Il en résulte par exemple, que les créanciers ne pourront plus exercer une action en nullité quand il y aura eu confirmation de la part du débiteur (2). De même ils ne pour-

(1) Merlin, *Questions de Droit*, V° *Hypothèques*, § 4, n° 6 ; Demolombe, t. XXV, n° 116 ; Laurent, t. XVI, n° 401 ; Aubry et Rau, t. IV, § 312, p. 121 ; Huc, *Comment. théor. et prat. du C. civ.*, t. VII, n° 186 ; Garsonnet, 2e édit., *Traité*, t. I, § 310, p. 522, note 6 ; Fuzier-Herman, *Répertoire*, V° *Créanciers*, n° 272 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 638.

(2) Bordeaux, 4 août 1836, S. 38.2.100.

ront pas demander la révocation d'une donation pour cause d'inexécution des conditions, quand le débiteur aura renoncé à son action résolutoire (1). De même encore, si le mari consent, sans le concours de sa femme, à vendre un immeuble appartenant à celle-ci et devient plus tard propriétaire de cet immeuble, les créanciers ne pourront demander la nullité de cette vente en vertu de l'article 1166. En effet, si le mari agissait lui-même il se verrait repousser par l'adage : « Qui doit garantir ne peut évincer » et cette exception est opposable aux créanciers comme elle le serait au débiteur (2).

On pourrait multiplier ces exemples (3), mais dans tous ces cas la situation des créanciers est la même: ils ne peuvent agir parce que ayants cause de leur débiteur, leurs droits se mesurent sur le sien. Ils n'auront donc dans ces hypothèses que la ressource de l'action paulienne, s'ils parviennent à démontrer qu'il y a eu une collusion frauduleuse entre leur débiteur et le tiers et qu'ils ont souffert un préjudice.

Il y a toutefois certains cas où l'application du principe apparaît d'une façon moins nette, et qui ont soulevé des difficultés. Nous devons en dire un mot.

L'exercice de l'action en partage a fait naître quelques discussions à ce sujet. On sait que l'indivision est un état essentiellement transitoire et que les communistes peuvent toujours y mettre fin par un partage. Ce droit appartient aussi à leurs créanciers personnels, ainsi qu'il résulte de l'article 2205 du Code civil ainsi conçu : « Néanmoins la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une

(1) Cass., 23 mai 1855, S. 55.1.417.

(2) Grenoble, 10 mai 1892, D. 92.2.518.

(3) Cass., 10 juillet 1867, S. 67.1.443 ; Cass., 10 juillet 1877, D. 78.1.107.

succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer s'ils le jugent convenable, ou dans lesquels ils ont le droit d'intervenir conformément à l'article 882 au titre des successions ».

Mais quelle est au juste la portée de cet article ? On a soutenu qu'il attribuait aux créanciers le droit de provoquer le partage directement, sans qu'ils aient besoin en quelque sorte d'emprunter le droit de leur débiteur. Ce texte ne constituerait donc pas une application de l'article 1166, mais bien une exception au principe de l'action indirecte. On ajoute que cette solution est la seule acceptable, car s'il en était autrement l'article 2205 serait un texte inutile (1).

Dans une autre opinion on soutient au contraire que l'article 2205 n'est qu'une application pure et simple de la théorie de l'action indirecte. Le reproche d'inutilité ne prouve pas grand'chose, d'abord parce qu'il y a beaucoup d'autres articles inutiles dans notre Code civil, ensuite parce qu'il n'est pas absolument fondé. Sans cette disposition on aurait peut-être été tenté d'admettre que les créanciers pourraient saisir la portion indivise appartenant au débiteur dans les biens de la succession, et cette pratique aurait été désastreuse pour tous les intéressés parce qu'une vente faite dans ces conditions, et dont le résultat aurait été subordonné au partage, n'aurait pu être opérée qu'à vil prix.

Suivant qu'on adoptera la première ou la seconde opinion, on tranchera dans un sens différent la controverse dont nous parlions tout à l'heure, et qui porte sur le point de savoir si une convention suspensive de partage

(1) Huc, t. V, n° 281 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. II, n° 2951.

est opposable aux créanciers d'un cohéritier antérieurs ou postérieurs à la convention. Les auteurs, qui voient dans l'article 2205 le principe d'une action directe pour les créanciers, déclarent que la convention suspensive de partage ne leur est pas opposable. Ils agissent en vertu d'un droit qui leur est propre, et non comme ayants cause de leur débiteur. Dès lors, la convention suspensive de partage est par rapport à eux *res inter alios acta*, et l'exception qui est opposable au débiteur ne peut leur être opposée. On ajoute que cette doctrine est d'ailleurs conforme aux besoins de la pratique, car dans la doctrine contraire les créanciers pourraient se trouver indéfiniment dans l'impossibilité de saisir une partie du patrimoine de leur débiteur, la convention suspensive du partage pouvant toujours être renouvelée (art. 815, C. civ.).

Cette doctrine n'a cependant pas prévalu, et la majorité des auteurs reconnaissent que la convention suspensive de partage est opposable aux créanciers agissant en vertu des articles 1166 et 2205 (1). Cette doctrine s'impose, en effet, si l'on part de cette idée que l'article 2205 n'est qu'une application du principe général posé par l'article 1166. Le droit des créanciers de provoquer le partage ne peut exister, que tout autant qu'il appartient à leur débiteur. Or

(1) Demolombe, t.XV, nos 509 et 625 ; Laurent, t. X, no 255, décide que l'article 2205 est une application de l'article 1166, mais il se contredit au no 242 en déclarant que la convention suspensive de partage ne paralyse pas le droit des créanciers ; Aubry et Rau, t. VI, § 621, p. 512 ; H. Taudière, « Obstacles que rencontre l'exercice de l'action en partage d'une indivision », *Rev. crit.*, 1889, p. 208 et suiv., notamment p. 218 ; Ch. Dupuis, note D. 1891.2.65 ; Rouen, 4 juillet 1843, S. 43.2.490 ; Orléans, 8 décembre 1881, S. 83.2.113 ; Paris, 6 avril 1886, *Pand. franç.*, 1886.2.328 ; Toulouse, 26 juin 1889, D. 91.2.65 ; Bordeaux, 23 mai 1893, D. 94.2.48 ; Trib. Seine, 3 décembre 1897, *Le Droit*, 2 février 1898.

leur débiteur y a renoncé par une convention suspensive de partage. Le droit ne fait plus partie de son patrimoine, il en est sorti temporairement au moins, et les créanciers doivent supporter les conséquences de son acte, s'il n'est pas entaché de fraude.

Quant aux résultats auxquels conduit cette doctrine ils ne paraissent pas aussi regrettables qu'on veut bien le dire. Elle ne permet pas à un débiteur de frapper une partie de son patrimoine d'une insaisissabilité définitive comme on l'a soutenu. Il est en effet facile aux créanciers d'échapper au danger du renouvellement de la convention suspensive de partage en signifiant aux cohéritiers qu'ils s'y opposent. Les cohéritiers ne pourront plus dès lors user de la faculté que leur confère l'article 815 sans se rendre complices d'une fraude, et les créanciers pourront faire rescinder la convention nouvelle par l'action paulienne.

D'ailleurs la doctrine contraire, sous prétexte de protéger les droits des créanciers paraît bien sacrifier ceux des cohéritiers. Une convention suspensive de partage présente souvent une très grande utilité, par exemple lorsqu'il y a des mineurs parmi les cohéritiers : or un cohéritier pourrait rendre facilement illusoire l'obligation qu'il a contractée en refusant de payer un créancier, et en le laissant provoquer le partage. Il n'est pas admissible qu'une convention valablement passée puisse être méconnue aussi aisément (1).

(1) V. Dupuis. Note précitée. Une troisième doctrine distingue entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à la convention suspensive de partage. Cette distinction nous paraît arbitraire et contraire à ce principe, que tous les ayants cause sont obligés de respecter les actes passés par leur auteur, quelle que soit la date de leurs titres.

On s'est aussi demandé si le tiers poursuivi pouvait opposer au créancier une exception tendant à l'obliger à discuter préalablement les biens de son débiteur. Nous avons vu, en effet, qu'en droit romain cette discussion préalable avait été admise, et les actions du débiteur ne pouvaient être exercées par le *curator bonorum*, dans l'intérêt des créanciers, que lorsque les meubles et les immeubles avaient été saisis (1).

Mais le droit romain avait été modifié sur ce point par notre ancien droit ; le tiers poursuivi ne pouvait plus se prévaloir du bénéfice de discussion et c'est ce qu'Imbert nous apprend dans sa *Pratique judiciaire*. « Reste à déclarer la forme de procéder par exécution sur les debtes deues au debteur ou condamné. Et combien que selon le droit commun on ne peut commencer par cette voye l'exécution d'un jugement, ains était seulement loisible d'en user après avoir pris par exécution les biens meubles et immeubles du debteur, et iceux avoir vendu : toutesfois aujourd'huy par nôtre usance on peut commencer l'exécution par cette voye, mesmement que par l'ordonnance de 1539, on n'était point tenu de faire perquisition de meubles avant que de faire saisir les immeubles » (2).

Et, remarquons-le, ce n'est pas seulement la tradition qui justifie cette doctrine mais encore les principes généraux que nous avons posés. Le situation du tiers contre lequel le créancier agit par l'action indirecte, doit être la même que si l'instance était introduite par son débiteur

(1) Loi 15, § 2, *Digeste*, *De re judic.*

(2) *Pratique judiciaire*, liv.I, ch.61. Ce passage est cité par M.Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, p. 214) et cet auteur cite dans le même sens : Antoine Fabre, *Sur le Code*, liv.IV, tit.X, définition 11. — Comp.Périer, Thèse de doctorat, p. 103.

direct. Or, dans cette hypothèse, il est bien certain que le tiers n'aurait pu opposer au demandeur un bénéfice de discussion. Il faut donc décider que le tiers ne pourra pas renvoyer le créancier poursuivant à la discussion préalable des autres biens du débiteur, mais ce n'est pas là une exception au principe que nous développons et suivant lequel le tiers peut opposer aux créanciers tous les moyens et exceptions qu'il pourrait opposer au débiteur lui-même (1).

On pourrait cependant se demander si cette doctrine n'est pas susceptible d'entraîner quelques inconvénients. Supposons par exemple un débiteur parfaitement solvable. Le créancier qui pourrait obtenir facilement son payement préfère dans un but plus ou moins avouable, user de la faculté que lui confère l'article 1166 et introduire une instance contre un tiers. Ne serait-il pas équitable que ce tiers puisse le repousser en lui opposant la solvabilité de son débiteur direct ? L'action indirecte constitue une ingérence dans les affaires d'autrui, c'est une mesure grave, et à ce point de vue l'on pourrait se demander si le bénéfice de discussion ne serait pas une garantie désirable.

Nous ne le croyons cependant pas ; nous avons en effet reconnu aux tribunaux un pouvoir souverain à l'effet d'apprécier si la demande du créancier est juste et fondée, et ce pouvoir modérateur dont nous sommes ainsi amenés une fois de plus à reconnaître l'utilité pratique nous paraît suffisant pour écarter tout danger. En somme, à la garantie de droit que les tiers trouvaient en droit romain dans le bénéfice de discussion, on substitue une garantie de fait plus

(1) Proudhon, t. V, n° 2290 ; Demolombe, t. XXV, n° 114.

souple, et qui ne nécessitera pas une formalité de procédure bien inutile quand le débiteur sera insolvable (1).

Il faut maintenant rechercher si à cette solution le législateur n'a pas apporté d'exceptions. En effet, dans notre ancien droit, on avait admis une dérogation à ce principe dans le cas où les créanciers demandaient à la place de leur débiteur, la rescision d'une vente pour lésion de plus de moitié. Dans ce cas les créanciers ne pouvaient exercer l'action qu'après avoir discuté les autres biens de leur débiteur. Cette exception n'a pas été reproduite par le Code civil, mais on peut en trouver une autre de même nature dans l'article 1666. Cet article permet en effet à l'acquéreur à pacte de rachat « d'opposer le bénéfice de discussion aux créanciers de son vendeur ». Or le mot créanciers vise certainement les créanciers chirographaires du vendeur qui exercent la faculté de rachat en vertu de l'article 1166 du Code civil (2). Mais cette doctrine a été contestée, et on a soutenu que l'article 1666 était une application de l'article 2170 du Code civil. En vertu de cet article le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, et personnellement étranger à la dette, peut obliger le créancier muni d'une hypothèque générale qui le poursuit, à s'attaquer d'abord aux autres biens qui lui sont également hypothéqués et qui sont en la possession des principaux obligés. Le but de ce bénéfice de discussion est de faire payer directement le créancier par le débiteur, de simplifier la procédure en évitant un circuit d'actions et

(1) Demolombe, t. XXV, n° 114 *in fine*.

(2) Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, p. 215, n° 15, note 1; Colmet de Santerre, t. VIII, n° 112 ; Laurent, t. XXIV, p. 390 ; Guillouard, *Traité de la vente*, t. II, n° 658 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, n° 832 ; Planiol, *Précis*, t. II, n° 1634 et note 2.

des complications coûteuses. Ainsi dans cette deuxième opinion l'article 1666 ne viserait que ce bénéfice de discussion et le mot « créanciers » n'aurait trait qu'aux créanciers munis d'une hypothèque générale.

Nous ne croyons pas à l'exactitude de cette doctrine, et nous préférons donner à l'article 1666 une portée beaucoup plus générale. Mais comme elle a été soutenue par un certain nombre d'auteurs (1) nous allons exposer et essayer de réfuter les arguments que l'on a fait valoir à son appui.

On a d'abord invoqué les travaux préparatoires et remarqué que l'article 87 du projet de l'an VIII, qui correspond à l'article 1666 de notre Code, ne visait que les créanciers hypothécaires.

A notre avis, cet argument n'a pas une portée considérable, parce que dans le projet de l'an VIII la faculté de rachat était considérée comme un droit exclusivement attaché à la personne du vendeur. Dès lors, il était impossible de reconnaître à l'acheteur à réméré le droit d'opposer le bénéfice de discussion aux créanciers chirographaires du vendeur, puisqu'ils ne pouvaient exercer l'action en réméré contre lui en vertu de l'article 1166.

Mais l'article 94 du projet de l'an VIII qui faisait de la faculté de rachat un droit essentiellement personnel au vendeur n'a pas passé dans notre Code, et cette disparition a entraîné une modification dans l'article 1666 qui ne parle plus des créanciers hypothécaires, mais des créanciers en général. Les travaux préparatoires paraissent donc favorables à la doctrine que nous soutenons.

(1) Duranton, t. XVI, n° 412 ; Troplong, *De la vente*, t. II, n° 742 et suiv. ; Demolombe, t. XXV, n° 115.

On a invoqué un argument plus sérieux, basé sur le principe que nous avons admis, et suivant lequel, les créanciers qui agissent en vertu de l'article 1166 doivent être dans la même situation que le débiteur lui-même. Or, dit-on, si le débiteur agissait lui-même, l'acheteur à réméré ne pourrait lui opposer le bénéfice de discussion.

Nous ne contestons nullement le principe, mais l'argument nous paraît reposer sur une pétition de principe. Il s'agit en effet précisément de savoir si l'article 1666 n'apporte pas une dérogation à cette règle générale.

Or cette dérogation paraît très naturelle si l'on tient compte de la situation des créanciers. Le droit qu'on leur accorde d'exercer la faculté de rachat est assez exorbitant. Ils ont suivi la foi de leur débiteur, et alors que celui-ci n'a commis aucune fraude, on les autorise en vertu de l'article 1166 à faire annuler un acte valablement passé par leur débiteur, quand celui-ci voudrait peut-être le maintenir. Il s'agit donc d'un acte particulièrement grave et l'on comprend que le législateur ait subordonné l'intervention des créanciers à certaines conditions spéciales.

Ce bénéfice de discussion paraît aussi parfaitement conforme à l'intérêt général qui demande la stabilité des propriétés. Il est donc utile de ne permettre aux créanciers d'user de la faculté de rachat que tout autant qu'ils n'ont aucun autre moyen pour obtenir leur paiement.

Nous rejetons donc la doctrine suivant laquelle l'article 1666 viserait uniquement l'action réelle dirigée contre l'acheteur à réméré par les créanciers hypothécaires du vendeur. C'est l'article 2170 qui réglemente les conditions d'exercice de cette action. Quant à l'article 1666, il a pour but d'apporter une exception aux conditions d'exercice de l'action indirecte, et cette exception nous paraît conforme

à l'intérêt de l'acheteur à réméré et à l'intérêt général.

Nous mentionnerons enfin, parmi les exceptions que le tiers poursuivi peut opposer aux créanciers exerçant les droits de leur débiteur en vertu de l'article 1166, l'exception de chose jugée. C'est encore une conséquence de ce même principe que les créanciers sont les ayants cause de leur débiteur. Ils ont suivi sa foi et toutes les modifications qui sont survenues dans son patrimoine, leur sont opposables. Le jugement qui est intervenu a-t-il eu pour effet de faire rentrer dans le patrimoine du débiteur un élément actif, les créanciers en profitent. A-t-il eu pour effet de diminuer le patrimoine, les créanciers doivent supporter cette diminution.

Comment en effet pourraient-ils agir puisqu'ils sont censés avoir toujours été représentés dans les instances où leur débiteur a été partie ? Si le droit de leur débiteur a été reconnu et établi, ils n'ont plus besoin d'agir par l'action indirecte, et si au contraire leur débiteur a été débouté de sa demande, ils ne peuvent pas davantage introduire une instance nouvelle à l'effet de faire établir un droit qui ne fait plus partie de leur gage (1).

Il n'y aurait qu'un seul cas où les créanciers pourraient agir, c'est s'ils prétendaient que le débiteur a agi en fraude de leurs droits. Mais alors ils devraient prouver qu'il y a eu une collusion frauduleuse entre leur débiteur et le tiers poursuivi, et attaquer le jugement par la voie de la tierce opposition. On n'est plus dans le domaine de l'action indirecte mais bien dans le domaine de l'action paulienne, dont la tierce opposition est une forme spéciale.

Du principe que les créanciers qui usent de la faculté

(1) Aubry et Rau, t. VIII, § 769 ; Larombière, t. II sur l'art. 1351, n° 115 ; Laurent, t. XX, n°s 102 et suiv.

de l'article 1166 exercent les droits de leur débiteur, et non leurs droits propres nous avons déduit cette première conséquence : le tiers poursuivi pourra opposer aux créanciers toutes les exceptions (antérieures à leur demande) qu'il aurait pu opposer au débiteur.

Nous devons maintenant compléter cette déduction en disant qu'il ne pourra opposer que ces exceptions-là. Il ne pourrait pas se prévaloir vis-à-vis des créanciers poursuivants des exceptions qu'il ne pourrait opposer au débiteur, alors même que ces exceptions seraient personnellement opposables aux créanciers eux-mêmes. Le tiers poursuivi est en effet dans la même situation que si le débiteur agissait lui-même. Mais si l'intervention des créanciers ne peut empirer la situation du tiers poursuivi, il est de toute justice qu'elle ne l'améliore pas. Or elle l'améliorerait si il pouvait invoquer à la fois contre les créanciers les exceptions qui lui sont personnellement opposables, ainsi que celles qui sont opposables à leur débiteur (1).

C'est encore parce que les créanciers exercent les droits de leur débiteur, et non un droit propre, qu'il faut décider, qu'ils doivent remplir toutes les conditions auxquelles le débiteur agissant lui-même aurait dû satisfaire. Il arrivera souvent ainsi que les créanciers seront tenus de faire l'avance d'une somme d'argent. Ainsi les créanciers qui prétendent exercer la faculté de rachat à la place de leur débiteur devront rembourser à l'acheteur le prix de rachat. C'est là pour eux une obligation souvent bien rigoureuse, car il peut arriver que les créanciers étant dans l'impossibilité de satisfaire à cette condition, soient privés de la

(1) Demolombe, t. XXV, n° 117 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 642 ; Civ. rej., 4 juillet 1854, S. 54.1.785, *Pandectes françaises*, V° *Obligations*, n° 2730.

garantie que leur offre l'article 1166. Il peut arriver aussi que l'insolvabilité de leur débiteur ne leur permette pas de recouvrer les avances qu'ils auront ainsi faites. D'ailleurs, lorsque les créanciers ne triomphent pas dans l'exercice du droit de leur débiteur, ils n'ont aucune action en répétition contre celui-ci. C'est sans sa volonté, contre sa volonté même qu'ils ont agi ; ils ne peuvent le rendre responsable de leur insuccès, et c'est à leurs risques et périls qu'ils exercent ses droits (1).

L'étude des rapports juridiques engendrés par l'exercice de l'action indirecte, entre le créancier poursuivant et le tiers poursuivi soulève une dernière question assez délicate au point de vue théorique : c'est la question de savoir si le tiers poursuivi peut paralyser l'action en désintéressant le créancier qui l'exerce? Avant de la résoudre, recherchons quel intérêt le tiers poursuivi peut avoir à user de ce moyen. Son intérêt sera nul en effet, si le créancier ne peut le poursuivre que jusqu'à concurrence du montant de sa créance personnelle ; il sera très grand au contraire si le créancier peut exercer le droit du débiteur dans toute son étendue.

Tous les auteurs s'accordent à reconnaître que le créancier n'est pas tenu de limiter l'action au montant de sa créance personnelle. Il peut exercer le droit de son débiteur dans toute son étendue, et l'on décide aussi d'une façon à peu près unanime que le tiers poursuivi peut paralyser l'action du créancier en le désintéressant. Il n'y a des divergences que sur le point de savoir comment il convient de justifier cette double solution, et il s'agit en somme d'une controverse purement théorique.

(1) Demolombe, t. XXV, n° 116.

Dans un premier système (1), qui nous paraît préférable, on pose en principe que le créancier qui agit en vertu de l'article 1166, exerce l'action de son débiteur dans son propre intérêt et pour arriver à réaliser son paiement. Mais cela n'implique nullement que le créancier ne puisse exercer le droit de son débiteur dans toute son étendue, quelle que soit l'importance de sa créance personnelle. Nous verrons, en effet, en étudiant les rapports juridiques qu'engendre l'exercice de l'action indirecte entre le créancier poursuivant et les autres créanciers du débiteur commun, que lorsque l'action a été exercée par un créancier, les autres ont le droit de se joindre aux poursuites. Si donc le créancier qui agit le premier se contentait d'exercer le droit de son débiteur jusqu'à concurrence du montant de sa créance, il risquerait de ne pas obtenir son paiement intégral si d'autres créanciers venaient dans la suite se joindre à lui. Telle est la raison pour laquelle on doit permettre au créancier d'exercer le droit de son débiteur dans toute son étendue. C'est pour assurer son paiement, et dès lors, lorsque le tiers poursuivi lui offrira ce paiement, le créancier désintéressé n'aura plus intérêt à agir, et étant sans intérêt il sera sans droit.

Dans une autre opinion (2) on pose au contraire en principe que le créancier qui use de l'action indirecte n'agit pas dans son propre intérêt, mais bien dans l'intérêt de son débiteur et de ses cocréanciers. C'est ainsi que MM. Larombière et Laurent déclarent que « les créanciers agissent directement dans l'intérêt du débiteur et indirectement

(1) Demolombe, t. XXV, n° 118. — Comp. Proudhon, t. IV, n° 2267 ; Garsonnet, 2e édit., t. I, § 310, p. 522 et note 7.

(2) Larombière, t. II, sur l'article 1166, n° 23 ; Laurent, t. XVI, n° 406.

dans leur intérêt ». On en conclut très logiquement que le tiers poursuivi ne peut paralyser l'action du créancier en le désintéressant.

Mais cette conclusion admise, on arrive au même résultat que dans l'opinion contraire en remarquant que la créance du demandeur étant éteinte il est désormais sans qualité pour figurer à l'instance introduite. Or le tiers poursuivi a le droit d'éteindre cette créance, puisque l'article 1236 du Code civil accorde le droit d'acquitter une obligation à toute personne lors même qu'elle n'y est point intéressée. *A fortiori* faut-il reconnaître ce droit au tiers poursuivi.

§ 2. — Rapports juridiques engendrés par l'exercice de l'action indirecte entre le créancier poursuivant et son débiteur direct.

L'étude de ces rapports soulève une question importante et délicate, celle de savoir si l'intervention du créancier poursuivant a pour effet de dessaisir le débiteur de son droit d'une façon définitive, de lui faire perdre son droit de libre disposition, de l'exproprier en quelque sorte de ce droit.

La majorité des auteurs attribuent cet effet exorbitant à l'exercice de l'action indirecte, mais ils sont loin de le justifier de la même manière. Cette opinion est tout d'abord soutenue par les partisans de la théorie de la subrogation judiciaire. Ce serait même là l'effet principal du jugement qui subroge le créancier aux droits de son débiteur. Du jour où ce jugement aurait été signifié au débiteur, celui-ci serait définitivement lié. Le droit continuerait sans doute à figurer dans son patrimoine, mais entièrement indisponible à son égard (1).

(1) Proudhon, t. IV, n° 2255 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 81 *bis*,

Mais cette doctrine est encore soutenue par les auteurs qui nient la nécessité d'une subrogation judiciaire tout en assimilant l'action indirecte à une saisie. « Du jour où le créancier a commencé à exercer le droit de son débiteur, dit M. Labbé, de ce jour les effets d'une saisie sont produits. Le droit ne peut plus être aliéné par le débiteur. Ce dernier ne peut plus faire aucun acte qui nuise à son créancier. S'il transige avec le tiers, si une compensation devient possible, le créancier n'en souffrira pas (1). » Ce sont là les effets de la saisie. En ce qui concerne la saisie immobilière, la transcription du procès-verbal de saisie a pour effet d'enlever au débiteur saisi tous ses droits d'administration sur l'immeuble. La transcription immobilise les loyers et fermages, et la partie saisie ne peut plus aliéner les immeubles saisis à peine de nullité (art. 682, 686, C. proc. civ.). Les effets de la saisie-arrêt sont aussi graves, les articles 1242, 1295, 1298 du Code civil et 565 du Code de procédure civile nous l'indiquent : le tiers saisi ne peut faire un paiement valable au débiteur saisi au mépris d'une opposition sans courir le risque d'être contraint à un nouveau paiement. De même, lorsque le tiers saisi devient créancier du débiteur saisi depuis la saisie-arrêt, il ne peut opposer la compensation. On le voit, l'effet général de toute saisie est de frapper d'une véritable indisponibilité entre les mains du débiteur, l'élément actif qui a fait l'objet d'une main-mise judiciaire. Cet effet doit de même découler logiquement et naturellement de l'article 1166 si l'action indirecte constitue une véritable voie d'exécution.

VI. — MM. Aubry et Rau admettent également que la signification du jugement qui ordonne la subrogation, quand elle est nécessaire, enlève au débiteur la faculté de disposer librement de son droit, t. IV, § 312, p. 118-120.

(1) Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, n° 25, p. 221.

Enfin, même parmi les auteurs qui rejettent cette doctrine trop absolue il en est qui attribuent à l'action indirecte cet effet exorbitant. C'est ainsi que M. Demolombe a tenté de justifier cette véritable expropriation du débiteur en se basant uniquement sur des considérations d'utilité pratique. « Le législateur, dit-il, a certainement voulu par l'article 1166 accorder au créancier une garantie sérieuse, efficace. » Or loin d'être sérieuse et efficace cette garantie serait purement illusoire si malgré l'intervention du créancier, le débiteur pouvait librement disposer de son droit, transiger sur ce droit, y renoncer au préjudice du créancier poursuivant.

« Comment ! s'écrie cet auteur, j'ai actionné le débiteur de mon débiteur afin d'obtenir sur ce qu'il lui doit le paiement de ce qui m'est dû par lui ; je l'ai pris directement moi-même à partie et je me suis constitué son adversaire. Et il pourrait m'échapper en allant se libérer entre les mains de mon débiteur, ou même en obtenant de lui une transaction et bien plus encore un désistement et une renonciation. Mais vraiment la loi qui tolérerait de telles pratiques aurait fait au créancier dans cette instance, si j'ose m'exprimer aussi familièrement, un rôle de dupe ! (1) »

Malgré ces arguments nous rejetons cette doctrine, et nous croyons qu'il est impossible d'admettre que l'article 1166 accorde aux créanciers une main-mise sur les droits de leur débiteur. Après l'introduction de l'instance comme avant il conserve son droit de disposition. C'est la doctrine de la Cour de cassation et c'est aussi celle qui paraît le plus conforme aux principes. C'est parce qu'on est parti de cette idée préconçue et inexacte, qui consiste à voir

(1) Demolombe, t. XXV, n° 120.

dans l'article 1166 une saisie, que l'on en est arrivé à soutenir que l'exercice par les créanciers d'une action de leur débiteur constituait une main-mise sur le droit de celui-ci. Nous croyons avoir démontré que cette doctrine reposait sur une véritable confusion. On confond le but que les créanciers se proposent d'atteindre, avec le moyen qui leur permet d'y parvenir. Leur but, c'est la saisie, le moyen c'est l'action indirecte, mais ce sont là deux choses bien différentes.

Quant aux considérations d'utilité pratique présentées par M. Demolombe, elles ont bien leur valeur, mais on pourrait en opposer de semblables dans l'intérêt du débiteur. « Quoi ! dit M. Laurent, j'ai un droit dont en ma qualité de propriétaire je puis disposer ; un créancier l'exerce en se faisant subroger et me voilà en quelque sorte exproprié, privé en tout cas de l'usage de mon droit de propriété. Et tout cela sans texte (2). » Ainsi si l'intérêt

(1) Laurent, t. XVI, n° 402. — Dans le même sens, Larombière, t. II, sur l'article 1166, n° 32. Cette solution s'imposait pour cet auteur qui voit dans l'action indirecte une mesure conservatoire. Comment en effet une mesure conservatoire pourrait-elle priver le débiteur de son droit de libre disposition. V. aussi Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 639 ; Planiol, *Précis*, t. II, n° 312 ; Lacoste, note S. 1891.2.233 ; Req., 18 février 1862, S. 62.1.415. Cet arrêt pose en principe que l'action exercée par les créanciers en vertu de l'article 1166 ne dessaisit pas le débiteur de ses droits et en conclut qu'il peut valablement transiger au cours de l'instance sur les droits exercés par les créanciers. La transaction et les paiements qui en sont la conséquence seront opposables aux créanciers s'ils ont été faits sans fraude. — V. aussi sur le principe les motifs d'un arrêt de la Cour de Dijon, déjà cité, du 26 janvier 1870, D. 71.2.46 et la note *Gaz. Pal.*, 1900.1.103.

(2) On a proposé pour trancher cette controverse un système intermédiaire. M. Périer (th. doct., p. 197) déclare qu'il faut distinguer suivant que le débiteur dont le droit est exercé est ou non

des créanciers exige le dessaisissement du débiteur dont le droit est exercé, l'intérêt de celui-ci s'y oppose ; et avant de sacrifier, sans texte formel, l'intérêt du débiteur il convient de rechercher si tel a été le but du législateur. Or ce but n'a pas été d'organiser au profit des créanciers chirographaires une garantie plus ou moins sérieuse, mais seulement de leur permettre d'agir quand le débiteur reste dans l'inaction. Mais si le débiteur agit lui-même les créanciers n'auront plus à intervenir, et leur intervention ne saurait priver le débiteur de son droit de disposer librement de ses biens.

L'intérêt de cette controverse est très grand au point de vue pratique. Nous avons indiqué que la Cour de cassation rejetant l'idée de saisie, avait jugé que le débiteur conservait la libre disposition de ses droits exercés par les créanciers. Mais les Cours d'appel se prononcent en sens contraire. Ainsi la Cour d'Aix a jugé le 9 janvier 1832 (1) que le créancier d'un cohéritier qui avait provoqué le partage d'une succession échue à son débiteur, ne pouvait pas être écarté de ce partage par ce fait que le débiteur avait vendu ses droits successifs à un tiers. Un arrêt de la Cour de Douai du 26 décembre 1853 (2) a aussi suivi cette doctrine. On aurait pu s'attendre à ce que la décision

partie à l'instance. S'il intervient, alors il conservera la libre disposition de son droit. Dans le cas contraire il y aura bien de la part des créanciers main-mise sur les droits du débiteur et il ne pourra plus en disposer. Il est absolument arbitraire de subordonner la nature de l'action indirecte à cette formalité de procédure, et nous croyons qu'après avoir assimilé cette action à une saisie M. Périer a tenté d'échapper par ce moyen aux conséquences logiques de sa doctrine.

(1) Aix, 9 janvier 1832, S. 32.2.600.

(2) Douai, 29 décembre 1853, S. 54.2.680. — Cependant en sens contraire : Bordeaux, 29 juin 1848, S. 49.2.97.

de la Cour de cassation du 18 février 1862 modifierait la jurisprudence des Cours d'appel, mais la plupart ont continué à suivre leur ancienne doctrine. C'est ainsi qu'elles décident que les créanciers ne peuvent se voir opposer par le tiers poursuivi les exceptions qui procèdent d'une cause postérieure à l'introduction de l'instance (1). Leur demande leur confère un droit acquis dont le débiteur ne peut plus compromettre l'existence, alors même qu'il agirait sans fraude. Si la Cour de cassation était appelée à se prononcer sur cette question elle se prononcerait certainement en sens contraire, et son intervention serait à souhaiter pour mettre fin à ce conflit.

Si l'on accepte la doctrine que nous défendons, on devra décider que le tiers poursuivi peut opposer au créancier l'exception de compensation, alors même que sa créance contre le débiteur commun serait née postérieurement à l'assignation du créancier. L'article 1298 déclare, il est vrai, que le débiteur « qui est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation ». Mais il n'y a aucun argument d'analogie à tirer de ce texte qui ne fait que déduire une conséquence de ce principe général : « La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers ». L'action indirecte et la saisie-arrêt sont deux institutions distinctes qui correspondent à des buts différents. Leurs effets ne sont pas les mêmes, et tandis que la saisie-arrêt opère une main-mise sur l'élément actif sur lequel elle porte, l'action indirecte laisse subsister pleine et entière la faculté qui appartient au débiteur de disposer de ses droits. Il est donc très naturel

(1) Bordeaux, 26 novembre 1889, S. 91.2.233 ; Dijon, 20 mars 1888, *Gaz. Pal.*, 88.1.822.

que le tiers poursuivi en vertu de l'article 1166 puisse opposer la compensation à la différence du tiers saisi (1).

Mais il ne faudrait pas conclure de ce que le tiers poursuivi peut opposer la compensation au créancier qui agit par l'action indirecte, qu'il puisse former contre lui une demande reconventionnelle. La compensation et la reconvention présentent des caractères différents. Dans le premier cas le tiers se borne à opposer une exception basée sur le paiement que la compensation opère de plein droit ; dans le second cas, le tiers intente une action nouvelle.

§ 3. — Rapports juridiques existant entre le tiers poursuivi et le débiteur dont le droit est exercé.

La seule question qui puisse faire naître des difficultés à ce point de vue est celle de savoir si le jugement qui sera rendu soit en faveur, soit à l'encontre du tiers poursuivi sera opposable au débiteur dont le droit est exercé. Encore faut-il mettre à part certain cas où le doute ne sera pas possible. C'est lorsque le débiteur aura été mis en cause. La décision qui interviendra dans ce cas, soit favorable, soit défavorable au tiers poursuivi, sera toujours opposable au débiteur qui aura été partie à l'instance. Cette hypothèse simple sera d'ailleurs l'hypothèse normale et presque toujours dans la pratique le débiteur sera lié au procès. Nous avons vu que son intervention pouvait être volontaire, et même forcée, soit que le créancier l'ait appelé en la cause, soit que le tiers poursuivi l'ait assigné en déclaration de jugement commun.

Cette hypothèse devrait être la seule à envisager si l'on

(1) Laurent, t. XVI, n° 404 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 640 ; *Pandectes françaises*, V° *Obligations*, n° 2738.

voulait s'en tenir à la doctrine soutenue par certains auteurs et suivant laquelle la mise en cause serait non seulement une formalité d'une utilité pratique incontestable, mais encore une condition essentielle pour rendre l'action du créancier recevable (1).

Quant à nous qui, en reconnaissant que cette doctrine serait désirable en législation, n'avons pas cru devoir l'admettre en l'état actuel de notre droit, nous devons rechercher quelle sera la situation du débiteur quand il n'aura pas été mis en cause.

La question est très controversée et nous allons retrouver ici en présence les trois systèmes dont nous avons déjà parlé en nous plaçant à un point de vue plus général : le système de la représentation parfaite, de la représentation imparfaite, et enfin le système de la non-représentation.

Nous avons déjà combattu la doctrine qui fait du créancier poursuivant le représentant du débiteur. Elle conduit à décider que le jugement rendu à l'encontre du tiers poursuivi sera opposable au débiteur dans tous les cas. La solution serait assez satisfaisante, mais nous avons vu qu'il était impossible d'admettre l'idée d'un mandat judiciaire dérivant de la subrogation ou d'un mandat légal créé par l'article 1166 lui-même et en vertu duquel les

(1) On peut cependant concevoir que le débiteur dont le droit est exercé ait été mis en cause et que le jugement intervenu entre le créancier poursuivant et le tiers poursuivi ne lui soit pas opposable. Il en serait ainsi si le débiteur prenait des conclusions déclarant qu'il n'a aucun droit à exercer et qu'il entend rester étranger au procès. Le cas est exceptionnel mais peut se présenter, et dans ce cas l'effet de la chose jugée devrait être restreint aux autres parties à l'instance. Quant au débiteur il ne pourrait se prévaloir du jugement et on ne pourrait pas davantage le lui opposer. — Comp. Demolombe, t. XXV, n° 122.

créanciers représenteraient leur débiteur au procès. On ne peut pas davantage les considérer comme les gérants d'affaires de leur débiteur, car ils agissent dans leur propre intérêt et à seule fin d'obtenir leur paiement. Il faut donc en conclure que le débiteur n'a pas été représenté au procès et que le jugement est par rapport à lui *res inter alios judicata*.

Nous avons également rejeté la théorie de la représentation imparfaite présentée par M. Larombière. Nous ne reviendrons pas sur la critique que nous avons faite de cette théorie qui conduit à décider que le jugement rendu entre le tiers poursuivi et le créancier ne sera pas opposable au débiteur s'il lui est défavorable, et pourra au contraire être invoqué par lui si le créancier poursuivant a obtenu gain de cause. En dehors des arguments que l'on peut faire valoir au point de vue juridique, à l'encontre de cette doctrine, il convient de remarquer, au point de vue pratique, qu'elle conduira souvent à des résultats injustes. Il ne suffit pas en effet de dire que le tiers poursuivi a un moyen de les éviter, c'est de mettre en cause le débiteur. Si, en effet, celui-ci ne répond pas à cet appel en cause, si intervenant à l'instance, il prend des conclusions afin de rester étranger au procès, le tiers poursuivi n'aura aucum moyen de coercition pour vaincre cette résistance, et s'il réussit à repousser la demande du créancier, il pourra se voir à nouveau actionné par le débiteur.

Ces résultats ont cependant paru désirables à certains auteurs qui se sont efforcés de les justifier sans faire appel à la théorie de la représentation imparfaite. C'est notamment la doctrine soutenue par M. Laurent (1), qui com-

(1) Laurent, t. XVI, nos 407 et 408 ; Lacoste, *De la chose jugée en*

mence en effet par écarter l'idée de mandat. Néanmoins il décide que, lorsque le créancier agissant gagne le procès, le débiteur peut se prévaloir du jugement. Le débiteur n'a pas été représenté, soit ! mais c'est bien son droit qui a été exercé et ce droit a toujours fait partie de son patrimoine. Or il doit en être de même du bénéfice qui résulte de l'exercice de ce droit par le créancier. Ceci n'implique nullement une exception au principe de l'autorité relative de la chose jugée et, si le créancier n'obtient pas gain de cause, le jugement ne sera pas opposable au débiteur qui pourra agir à nouveau contre le tiers poursuivi.

Cette doctrine est ingénieuse, mais elle nous paraît inacceptable. Elle se rapproche fort de la doctrine de la représentation imparfaite, et la seule différence que l'on puisse trouver entre elles, c'est que M. Laurent n'emploie pas le mot représentation.

Son argument principal consiste à dire : le droit exercé faisait partie du patrimoine du débiteur ; il doit en être de même du produit de l'action. Nous acceptons le point de départ, mais nous rejetons la conclusion. Le droit du débiteur est un élément actif de son patrimoine ; il continue à en faire partie quand le créancier l'exerce, mais tel qu'il était auparavant. Le jugement favorable qui interviendra aura pour effet d'établir l'existence de ce droit, de le fortifier, d'augmenter sa valeur, mais le débiteur étant resté étranger à ce jugement, ne pourra se prévaloir de son droit que tel qu'il était avant d'avoir été exercé. Pour admettre qu'il puisse invoquer le droit tel qu'il est après avoir été exercé et reconnu, il faut toujours et quand même en revenir à cette idée que le créancier a représenté le débiteur.

matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative, nos 645 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, no 644.

Une seule doctrine subsiste, après cette élimination, celle de la non-représentation. C'est la seule qui soit logique à notre avis et qui respecte le principe de la relativité des jugements, principe formulé dans les termes les plus absolus par l'article 1351 du Code civil. Elle conduit à ce résultat que la chose jugée entre le créancier et le tiers poursuivi ne peut ni profiter ni préjudicier au débiteur.

Cette doctrine a eu pour elle la haute autorité de Merlin; ce remarquable jurisconsulte a réussi à la faire admettre par la Cour de cassation dans un arrêt du 15 avril 1804. Cet arrêt a décidé que lorsqu'un créancier échoue dans un recours en cassation qu'il avait formé en exerçant les droits de son débiteur, le débiteur peut en former un nouveau en son propre nom (1). A l'appui de cette doctrine, Merlin citait dans ses conclusions ce passage de Pothier (2): « Quoique un jugement soit censé rendu avec le successeur lorsqu'il l'a été avec son auteur, on ne peut pas dire de même que celui qui a été rendu avec le successeur doive être censé rendu avec son auteur. C'est pourquoi le jugement rendu avec le successeur, ni l'exception *rei judicatæ* qui en résulte ne peuvent être opposés contre son auteur. « *Julianus scribit exceptionem rei judicatæ a personna auctoris ad emptorem transire solet*; *retro vero ab emptore ad auctorem reverti non debere.* » Et Merlin ajoute : « Nous sommes ici dans le cas de la maxime professée par Pothier et puisée dans les sources les plus pures du droit que la chose jugée contre l'ayant cause est sans autorité contre son auteur quoique la chose jugée contre l'auteur ait un effet entier contre son ayant cause. »

(1) Merlin *Rép.*, V° *Cassation*, § 8, n° 3, p. 72.
(2) *Traité des obligations*, 4e part., n° 57.

Cette doctrine est aussi celle qui triomphe aujourd'hui encore dans la doctrine. Indiquons par un exemple quelles sont ses conséquences. Je suis créancier de X... pour une somme de 1.000 francs. Y... à qui je dois 500 francs intente l'action qui m'appartient contre X... et conclut au paiement de 1.000 francs. Il triomphe dans son action et se fait rembourser ce qui lui est dû. Que faut-il décider pour le reliquat de la somme de 1.000 francs. Ces 500 francs appartiendront-ils au défendeur X... ou au débiteur? Si le créancier Y... a mis son débiteur en cause, ou si le tiers poursuivi l'a assigné en déclaration de jugement commun, il est certain que les 500 francs lui seront définitivement acquis. Si au contraire le débiteur est resté étranger à l'instance, cette somme restera entre les mains du tiers poursuivi. Le résultat peut paraître bizarre, mais c'est la conséquence logique du principe de la relativité des jugements.

Cette espèce nous montre bien, l'importance de la mise en cause, qui simplifie la procédure et permet de solutionner le procès d'une manière définitive.

§ 4. — Rapports juridiques engendrés par l'exercice de l'action indirecte entre le créancier poursuivant et les autres créanciers du débiteur commun.

La réglementation de ces rapports ne présente aucune difficulté quand le débiteur a été mis en cause. Il est alors partie à l'instance et y représente tous les créanciers chirographaires qui n'ont pas pris part aux poursuites.

(1) Loi 9, § 2, Dig. L. LXIV, t. II, *De exceptione rei judicatæ*.

(2) Aubry et Rau, t. IV, § 312, note 18 ; Demolombe, t. XXV, n° 124 et suiv. ; Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, n° 27 ; Proudhon, t. IV, n° 2300 ; Planiol, *Précis*, t. II, n° 314. Il n'y a pas de jurisprudence sur la question en dehors de l'arrêt rapporté par Merlin.

Il n'y a pas non plus de difficulté quand tous les créanciers ont exercé le droit de leur débiteur, soit qu'ils aient agi d'un commun accord, soit qu'ils aient été représentés à l'instance par un syndic, leur débiteur étant en faillite.

Mais la situation des créanciers sera beaucoup plus délicate à préciser lorsque quelques-uns des créanciers seulement, ou même un seul d'entre eux aura exercé les droits du débiteur et que celui-ci sera resté étranger au procès.

Dans ce cas, il faut, à notre avis, appliquer le principe général formulé par l'article 1351 du Code civil. Le jugement ne sera donc opposable qu'à ceux des créanciers qui auront été parties à l'instance. Nous avons indiqué que le créancier poursuivant ne représentait pas le débiteur au procès. Nous dirons de même qu'il ne représente pas ses créanciers. Il serait d'ailleurs bien difficile de soutenir que les créanciers sont les mandataires les uns des autres. Ils ne pourraient être en effet que des mandataires conventionnels ou légaux. Mandataires conventionnels ils ne le sont pas, puisqu'aucune convention n'est intervenue entre eux. Mandataires légaux ils ne le sont pas davantage, car l'article 1166 n'implique pas l'idée de représentation. Dira-t-on alors qu'ils sont les gérants d'affaires les uns des autres ? C'est impossible. La gestion d'affaire suppose chez le gérant l'intention de gérer l'affaire d'autrui. Or l'intention du créancier qui intente l'action indirecte c'est d'assurer son paiement, mais non celui de ses cocréanciers. C'est dans son propre intérêt qu'il agit, et il serait absolument arbitraire de lui attribuer l'intention d'agir dans l'intérêt des autres créanciers puisque leur concours lui serait souvent très préjudiciable.

Il faut donc appliquer purement et simplement le prin-

cipe de l'autorité relative de la chose jugée, et dire que lorsqu'un créancier aura établi en justice le droit de son débiteur sans que celui-ci ait été mis en cause, lui seul pourra saisir suivant les modes du droit commun l'élément actif qu'il a fait entrer ou rentrer dans le patrimoine. Sans doute pendant toute la durée de l'instance les autres créanciers pourront se joindre à la poursuite intentée. S'ils le font ils pourront se prévaloir du jugement de même qu'il leur sera opposable, mais s'ils restent dans l'inaction ils ne pourront saisir le bien que la poursuite fait rentrer dans le patrimoine du débiteur que vis-à-vis des créanciers poursuivants.

On objectera peut-être que la saisie n'est pas un effet du jugement mais bien du titre exécutoire. C'est vrai, mais il faut aussi remarquer qu'un créancier ne peut saisir un bien que tout autant que son débiteur est propriétaire. Or vis-à-vis du créancier qui n'a pas pris part à la poursuite le débiteur n'est pas propriétaire.

Nous reconnaissons volontiers que cette doctrine peut conduire aux conséquences les plus bizarres. Ainsi Primus est créancier de X.., titulaire d'une action en revendication contre Z... détenteur de son immeuble. Primus intente l'action de X... en vertu de l'article 1166 et sans mettre son débiteur en cause. Il triomphe et l'immeuble rentre dans le patrimoine de X... vis-à-vis de Primus. Supposons que Secundus créancier de X... et muni d'un titre exécutoire veuille saisir cet immeuble que le détenteur Z.. a délaissé. Pourra-t-il le faire? Non certainement, puisque vis-à-vis de lui son débiteur n'en est pas propriétaire. Et cependant la procédure qu'il engagera pourra suivre légalement son cours, à moins que le débiteur ou le créancier poursuivant Primus ne fasse une opposition.

On voit à quelles complications peut conduire cette doctrine. C'est la seule cependant qui soit conforme au principe de relativité des actes juridiques et des jugements, aux articles 1165 et 1351 du Code civil tels qu'on les interprète dans la doctrine.

Aussi en étudiant la théorie des actions directes nous aurons à nous demander si l'on n'a pas attribué à ce principe une portée trop absolue et qui dépasse la pensée du législateur.

La doctrine que nous venons d'exposer est cependant loin de triompher en jurisprudence, et elle n'est pas non plus admise par la majorité des auteurs. Qu'elle soit repoussée par la jurisprudence cela nous paraît assez naturel. Suivant la jurisprudence en effet, l'article 1166 du Code civil implique l'idée de représentation, et suppose l'existence d'un mandat tacite. Le créancier agissant en tant que mandataire représente le débiteur, et par conséquent représente aussi ses cocréanciers. Ce qui est jugé avec l'un d'eux, doit l'être aussi avec les autres. La jurisprudence en conclut logiquement que le bénéfice de l'action intentée par un seul créancier et sans mise en cause du débiteur rentre dans le gage commun, sur lequel tous les créanciers ont un droit égal. Le créancier poursuivant doit donc subir le concours de ses cocréanciers ; il sera même primé par ceux qui ont un privilège, à moins qu'il n'en ait lui-même un de rang préférable.

Une seule restriction doit être faite : c'est que les créanciers non poursuivants doivent montrer une certaine diligence et se présenter en temps utile à la distribution des deniers. S'ils intervenaient trop tard ils seraient forclos (1).

(1) Sur l'égalité de situation qui doit exister entre tous les créan-

Cette théorie est aussi celle de la doctrine. Elle est tout d'abord admise par les auteurs qui acceptent l'idée de représentation ou de représentation imparfaite. Et c'est logique (1).

Mais elle l'est aussi par les auteurs qui prennent pour point de départ l'idée de non-représentation, ainsi que nous l'avons fait nous-mêmes, et ceci nous paraît bien difficile à admettre (2). Du moment que l'on pose en principe que celui-là seul qui a introduit l'instance peut se prévaloir du jugement ou se le voir opposer, il nous paraît impossible de décider que tous les créanciers peuvent se payer sur le produit de l'action.

Mais voyons le raisonnement sur lequel on base cette conclusion. Le droit exercé, dit-on, faisait partie du gage commun des créanciers. Or ce droit n'a pas cessé d'être leur gage par cela seul qu'il a été exercé. Il est donc logique que tous les créanciers puissent demander leur paiement sur le produit de l'action. « On ne doit jamais perdre de vue, dit M. Planiol, que l'objet de la condamnation est un bien qui fait partie du patrimoine du débiteur et n'appartient nullement au créancier poursuivant : c'est un immeuble qui a été revendiqué, une somme due dont le recouvrement a été poursuivi ; cela rentre dans le patrimoine du débiteur. »

Nous croyons que cette argumentation est spécieuse et que cette doctrine repose sur une exagération de langage.

ciers, voir deux arrêts de la Cour de cassation rendus le 18 juillet 1838, S. 38.1.603.— Comp. Lyon, 13 mai 1897, *Moniteur judiciaire de Lyon*, 9 août 1897, cité aussi par *Gaz. Pal.*, table analytique, 1897.

(1) Colmet de Santerre, t. V, n° 81 *bis*, VI ; Larombière, t. II, sur article 1166, n° 24.

(2) Aubry et Rau, t. IV, § 312, p. 122 ; Planiol, *Précis*, t. II, n° 315. — Comp. n° 314.

Il est en principe exact de dire que le but de l'action indirecte est de faire entrer ou rentrer dans le patrimoine du débiteur un élément actif saisissable. Mais si ces expressions sont commodes pour déterminer quel est le but de l'action, il ne faut pas les accepter sans réserve. C'est fictivement que l'on peut dire que le bien rentre dans le patrimoine du débiteur ; en réalité il n'y rentre qu'à l'égard de ceux qui ont été parties à l'instance. La doctrine que nous combattons se prévaut de ce que le droit exercé est compris dans le gage collectif des créanciers. C'est exact, mais il n'en fait partie que tel qu'il était avant d'avoir été exercé. Il n'en fait partie dans son état définitif c'est-à-dire en tant que droit établi, reconnu, qu'à l'égard de ceux qui l'ont exercé, mais non à l'égard des autres créanciers qui n'ont pas été parties à l'instance et qui n'y ont pas été représentés.

Si l'on refuse d'admettre la distinction que nous venons de faire, on accepte la théorie de la représentation imparfaite, et les auteurs qui en rejettent le principe et en acceptent les conséquences nous paraissent se mettre en contradiction avec eux-mêmes.

On ne pourrait pas non plus objecter pour rejeter la distinction que nous venons d'établir, que les créanciers jouissent d'un droit de gage sur le patrimoine de leur débiteur tel qu'il existe au moment où ils demandent leur paiement. Si le patrimoine a diminué de valeur ils souffriront de cette diminution. De même si le patrimoine a augmenté de valeur ils bénéficieront de cette augmentation. Or l'exercice du droit du débiteur a produit une augmentation de valeur dont les créanciers doivent profiter.

Il est parfaitement exact que le droit de gage des créan-

ciers subit les variations qui s'opèrent dans le patrimoine de leur débiteur. Mais la raison en est que le débiteur les représente et que tous les actes du débiteur leur sont opposables, sauf le cas de fraude. Mais dans l'hypothèse que nous envisageons l'augmentation produite trouve son origine non pas dans un acte du débiteur, mais dans un acte d'un créancier qui ne représente pas ses cocréanciers.

La vérité est donc que le bénéfice de l'action exercée ne rentre dans le patrimoine des débiteurs que d'une manière toute relative ; c'est la conséquence logique et naturelle de l'article 1351.

On a enfin objecté à l'encontre de la doctrine que nous soutenons qu'elle aboutissait en définitive à créer au profit des créanciers poursuivants un véritable privilège à l'encontre de leurs créanciers. Or il est impossible d'admettre l'existence d'un privilège sans un texte de loi.

Nous croyons au contraire que cette doctrine respecte l'égalité qui doit exister vis-à-vis des créanciers. Tout créancier peut en vertu de l'article 1166 exercer les droits et actions de son débiteur. Si l'un d'eux use de cette faculté, et si les autres veulent se placer dans une situation aussi avantageuse ils n'ont qu'à se joindre à la poursuite. Le droit exclusif que nous reconnaissons aux créanciers poursuivants ou intervenants n'est donc pas un privilège. Il trouve sa base dans l'article 1351 du Code civil et dans l'inaction des créanciers qui n'ont pas voulu se placer dans une situation aussi avantageuse que ceux qui ont participé à la poursuite. C'est une application de ce principe rigoureux : *Jura vigilantibus subveniunt, non dormientibus*, et non la violation de l'adage : « Pas de privilège sans texte ».

D'ailleurs, quelle que soit la doctrine à laquelle on se rallie, il faut toujours décider que les créanciers qui ne feront

aucune diligence seront exclus par les créanciers vigilants. L'argument pourrait donc être rétorqué contre les partisans de la doctrine contraire (1).

Nous venons de voir quelles sont les conséquences des principes admis par notre Code civil sur l'autorité de la chose jugée (2). Est-ce à dire que nous les approuvons ? Nullement. Tout d'abord, il est facile de montrer combien ces conséquences sont bizarres. Un seul créancier exerce le droit de son débiteur qui n'intervient pas à l'instance.

(1) La question se pose à peu près dans les mêmes termes à propos de l'action paulienne. On discute la question de savoir si la révocation d'un acte frauduleux peut être invoquée par tous les créanciers du débiteur *fraudator* indistinctement, ou seulement par ceux qui ont été parties à l'instance. C'est cette dernière solution qui triomphe en doctrine et en jurisprudence (Aubry et Rau, t. IV, p. 142, note 41 ; Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, p. 226 ; Demolombe, t. XXV, nos 263-268 ; Planiol, *Précis*, t. II, no 352 (mais cet auteur justifie cette solution d'une manière personnelle) ; Bordeaux, 2 juillet 1890, S. 91.2.29). — En somme on applique purement et simplement l'article 1351, et cependant on pourrait fort bien dire que la révocation de l'acte frauduleux fait rentrer dans le patrimoine du débiteur un élément actif sur lequel tous les créanciers peuvent faire valoir leur droit de gage. C'est même la doctrine de Laurent (t. XVI, no 488-490) et de Colmet de Santerre, (t. V, no 82 *bis*, XIII). On la rejette comme contraire à l'article 1351. Mais alors les auteurs qui appliquent dans ce cas l'article 1351, devraient aussi l'appliquer quand il s'agit de l'action indirecte, s'ils admettent la théorie de la non-représentation. C'est le cas de MM. Aubry et Rau (note 41, précitée). Pour justifier cette différence, ils invoquent leur conception spéciale de l'action paulienne, d'après laquelle « le jugement de révocation n'a d'autre effet que de rendre saisissables les biens aliénés par le débiteur ». Nous avouons ne pas comprendre en quoi cette conception spéciale de l'action paulienne peut modifier le caractère relatif de la chose jugée. — Comp. sur ce point : Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, no 715, note 1.

(2) Demolombe, t. XXV, nos 124-127 ; Périer, thèse de doctorat, p. 207.

Du jugement qui interviendra, il résultera que le débiteur sera définitivement propriétaire ou créancier vis-à-vis du créancier poursuivant, alors qu'il ne le sera pas vis-à-vis des autres créanciers. Et ces conséquences sont non seulement bizarres, mais encore injustes, car le paiement deviendra le prix de la course. Le créancier le plus vigilant, ou même celui qui par le fait du hasard apprendra que son débiteur possède une action contre un tiers, s'empressera de l'exercer, et si les autres créanciers ignorent la poursuite jusqu'au jugement, il obtiendra un paiement intégral, alors qu'il n'aurait dû obtenir qu'un dividende. Ajoutons que cette doctrine aura pour effet de multiplier les poursuites des créanciers ; chacun devra intenter à son tour l'action indirecte et la réalisation du gage des créanciers entraînera des frais beaucoup plus considérables.

Quel remède apporter à ces inconvénients ? Tout d'abord on les restreindrait dans une très large mesure en organisant et en réglementant une procédure collective analogue à la faillite lorsque le débiteur se trouve en déconfiture. Nous avons déjà indiqué que cette réforme serait très utile, mais l'idée nous paraît assez importante pour que nous puissions y revenir.

Qu'on le remarque : les inconvénients pratiques qui résultent de l'application des principes généraux du droit à l'action indirecte, n'existaient pas en droit romain. C'est que le *curator bonorum* agissait dans l'intérêt collectif de tous les créanciers. Il était absolument exact de dire qu'en exerçant les actions du débiteur, il faisait entrer ou rentrer des éléments actifs dans le gage commun. Dans ces conditions, il était logique d'admettre que tous les créanciers pouvaient bénéficier du résultat de l'action.

En demandant la réorganisation de la déconfiture, on demande donc au législateur d'en revenir aux principes du droit romain.

Mais ne faut-il pas aller plus loin et dire que l'organisation d'un régime de la déconfiture rendrait l'action indirecte absolument inutile ? Nous ne le croyons pas, et nous estimons au contraire que l'action indirecte présenterait encore une certaine utilité dans une législation qui substituerait aux poursuites individuelles, une procédure collective de liquidation. Il est vrai que c'est surtout lorsque le débiteur sera sur le point de devenir insolvable que les créanciers auront intérêt à user de la faculté que leur confère l'article 1166, mais cette action peut leur être nécessaire dans d'autres hypothèses et c'est pour cela qu'il serait bon de la maintenir. C'est d'ailleurs ainsi que les choses se passent dans notre droit commercial. Les créanciers d'un commerçant ont à leur disposition l'action indirecte, mais du jour où la faillite est déclarée la faculté d'exercer les droits du débiteur meurt en la personne des créanciers pour revivre en celle du syndic, leur représentant. De même, nous verrons que le Code civil espagnol du 24 juillet 1889 admet simultanément l'action indirecte et la procédure de la déconfiture.

Il n'y a donc pas incompatibilité entre ces deux institutions, et il y a certainement des cas où le créancier obtiendra plus rapidement son paiement en exerçant l'action indirecte qu'en faisant déclarer judiciairement la déconfiture du débiteur. Supposons par exemple qu'il n'y ait qu'un seul créancier, ce qui peut fort bien arriver. A quoi servirait alors d'organiser une procédure collective. D'ailleurs, si on introduisait dans notre droit cette procédure collective il est fort probable que la déconsidération qui

frappe le failli frapperait aussi le déconfit. Il serait donc à souhaiter que les créanciers puissent après une entente préalable obtenir leur paiement en usant simplement de l'action indirecte.

Il convient donc de rechercher comment on pourrait obvier aux inconvénients que présente l'action indirecte telle qu'elle existe dans notre droit. Nous avons déjà indiqué un moyen dont M. Demolombe et M. Garsonnet ont fort bien démontré l'efficacité : c'est la mise en cause obligatoire. Sans aller jusqu'à dire avec ces auteurs que la mise en cause est une condition essentielle pour la validité de la procédure de l'action indirecte dans notre droit, nous croyons qu'il y aurait un réel intérêt à modifier dans ce sens l'article 1166 de notre Code civil.

Cependant ce moyen peut paraître encore imparfait. On pourrait en effet objecter que c'est vouloir attribuer une importance excessive à une simple formalité de procédure. Et d'ailleurs n'y aura-t-il pas des hypothèses où la mise en cause sera impossible. Que l'on suppose par exemple que le débiteur dont le droit est exercé soit absent. Faudra-t-il alors que le créancier fasse nommer par le tribunal un curateur qui représentera l'absent dans l'instance ? Mais cette nomination, en admettant que le tribunal puisse conférer un pareil pouvoir à un curateur, prendra du temps, compliquera la procédure alors qu'il peut être urgent d'agir promptement.

Il faut alors aller plus loin et chercher le remède aux inconvénients signalés dans une modification à apporter au principe même de la relativité des jugements. On dira peut-être que si l'on se place à un point de vue général, et qu'on envisage en lui-même le principe posé par l'article 1351, on est obligé de reconnaître qu'il est absolument

juste et fondé. Les actes juridiques, qu'il s'agisse des contrats ou des jugements, ne doivent produire d'effets qu'entre les personnes qui les accomplissent. Quant à celles qui y sont restées étrangères elles ne doivent pas en profiter et ne peuvent pas en souffrir. Mais si, pris en lui-même et envisagé à un point de vue général, le principe de la relativité des effets des actes juridiques paraît absolument légitime, il faut bien reconnaître aussi que dans les applications qu'on est amené à en faire, il engendre souvent des conséquences fort regrettables au point de vue pratique. Les difficultés et les contradictions auxquelles aboutit la théorie de l'autorité relative de la chose jugée se produisent surtout dans les questions d'état (1). C'est pour éviter ces inconvénients pratiques que certains auteurs ont essayé de faire revivre dans notre droit la théorie du contradicteur légitime construite au XVI[e] siècle par d'Argentré, tandis que d'autres ont prétendu que l'article 1351 est inapplicable aux questions d'état à raison de la place qu'il occupe dans le Code civil. Ces doctrines sont, il est vrai, généralement repoussées aujourd'hui, et l'on s'accorde à reconnaître (2) que l'article 1351 consacre un principe général dont l'application doit s'étendre dans toutes les matières du droit. Mais ces tentatives sont intéressantes parce qu'elles montrent les efforts qui ont été faits pour échapper à la rigueur de l'article 1351. Elles indiquent très nettement que si cette disposition législative est juste et rationnelle dans son principe, la doctrine a une tendance à lui reconnaître un caractère trop absolu. Aussi, est-ce avec raison que les Codes étrangers, dont la ré-

(1) V. sur ces difficultés la note de M. de Loynes, D. 91.2.153.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 559 ; Demolombe, t. V, n[os] 307 et suiv. ; Laurent, t. III, p. 487.

daction est fortement inspirée de notre Code civil, ont, en reproduisant la disposition de l'article 1351, cherché à en atténuer les effets dans certaines hypothèses. C'est ainsi que le Code civil du Portugal du 1er juillet 1867 décide dans son article 2503 que la chose jugée sur les questions de capacité, de filiation ou de mariage fait foi entre toutes personnes si l'instance a été contradictoire (1). De même, le Code civil espagnol déclare dans son article 1252 que dans les questions relatives à l'état civil ou à la validité et à la nullité des dispositions testamentaires la présomption de la chose jugée est opposable aux tiers, même s'ils n'ont pas été parties au débat (2).

Mais ce n'est pas seulement dans les questions d'état que le principe de la relativité des jugements présente des inconvénients pratiques à raison de sa rigueur trop absolue. C'est aussi dans la théorie des obligations et l'introduction dans notre droit de la théorie de la représentation imparfaite, théorie contraire à la raison et aux principes du droit, construite de toutes pièces pour les besoins de la cause, ne saurait recevoir d'autre explication. Cette théorie a été surtout créée afin d'expliquer les effets de la solidarité. On a dit que les créanciers ou les débiteurs solidaires étaient censés s'être donné un mandat tacite de se représenter pour tout ce qui pourrait leur être avantageux et non pour ce qui pourrait leur nuire. Cette formule bizarre a notamment pour effet d'écarter les conséquences qu'entraînerait l'application du principe de la relativité des jugements quand elles seraient préjudiciables aux créanciers ou débiteurs solidaires, non parties à l'instance (3).

(1) Traduction Lepelletier, p. 463.
(2) Traduction Levé, p. 237.
(3) La jurisprudence admettait l'idée d'un mandat parfait et déci-

Nous avons vu aussi qu'on avait tenté d'écarter les conséquences logiques de l'article 1351 en ce qui concerne les effets de l'action indirecte, au moyen de cette théorie de la représentation imparfaite. Ces tentatives destinées à éluder le principe de la relativité des jugements, prouvent de la façon la plus claire que ce principe est ici trop absolu. Aussi croyons-nous qu'il devrait être écarté en cette matière (1).

On nous objectera peut-être que l'on va ainsi sacrifier les droits du débiteur. Un créancier pourra introduire une instance sans avoir en mains les preuves nécessaires pour assurer le triomphe du droit exercé. Il perdra le procès, par sa négligence, par son incurie, et le jugement qui interviendra sera opposable au débiteur. N'y a-t-il pas là quelque chose d'injuste, et même d'inique.

Nous ne le croyons pas. On oublie trop facilement que le créancier ne peut agir qu'à raison de l'inaction du débiteur. Or, par son inaction volontaire le débiteur consent tacitement à ce que ses droits soient exercés par ses créanciers, et il est dès lors fort naturel que le jugement qui interviendra lui soit opposable. Ajoutons que les créan-

dait que l'autorité de la chose jugée avec un codébiteur solidaire était opposable à tous les autres. : Cass., 1er décembre 1885, S. 86.1.54. Mais dans un arrêt du 16 décembre 1891 (S. 93.1.81), elle a admis le principe de la représentation imparfaite. Le nouveau Code civil allemand a rejeté l'idée d'un mandat réciproque en matière d'obligations solidaires au point de vue de l'autorité de la chose jugée. — Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil pour l'empire allemand*, n° 118 ; Planiol, t. II, n° 797.

(1) Nous essayerons d'ailleurs de démontrer dans notre conclusion que dans l'état actuel de notre législation le principe de la relativité des actes juridiques et des jugements pourrait être interprété d'une façon moins absolue.

ciers n'agiront en général qu'à bon escient car ils sont les premiers intéressés au succès de la demande. Ces observations nous permettent de conclure qu'il serait utile d'apporter, en cette matière, une exception au principe de la relativité des jugements.

CHAPITRE V

DOMAINE DE L'ARTICLE 1166 DU CODE CIVIL.

Il nous reste encore pour compléter cette étude sur l'action indirecte à déterminer quel est le domaine de l'article 1166, c'est-à-dire quels sont les droits que les créanciers peuvent exercer aux lieu et place de leurs débiteurs. Le principe est posé dans les termes les plus généraux par le législateur : « Les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur » ; mais à cette règle générale l'article 1166 apporte une exception qui concerne « *les droits exclusivement attachés à la personne* ». Il faut donc déterminer le sens de cette formule extrêmement vague et la tâche est difficile, car, ainsi que le remarque très justement M. Planiol (1), le texte nous donne le *résultat* de la distinction à faire et non son *critérium*. Dire qu'un droit est personnel cela peut en effet, vouloir dire qu'il s'agit d'un droit de créance, ou d'un droit intransmissible comme l'usufruit ou le droit d'usage, ou enfin d'un droit qui ne peut être exercé par les créanciers du chef de leur débiteur. Nous sommes donc en présence d'une formule amphibologique et qui ne nous permet pas de classer dans deux catégories nettement tranchées les droits qui sont compris dans le domaine de l'article 1166 et ceux qui en sont exclus.

Ce qui augmente encore la difficulté, c'est que tous les

(1) *Précis*, t. II, n° 302.

droits sont dans une plus ou moins grande mesure attachés à la personne. Il existe, en effet, entre le sujet du droit et le droit lui-même une union intime, de telle sorte qu'il sera bien souvent difficile de déterminer si l'infusion de la personnalité dans le droit est suffisante pour qu'on puisse faire de ce droit un droit exclusivement attaché à la personne. Cette idée a été bien souvent développée : « On ne saurait méconnaître, dit Savigny (1), que l'homme dispose librement de lui-même et de ses facultés. Il y a plus : tout droit véritable a ce pouvoir pour base et l'implique nécessairement. Ainsi par exemple, la propriété et les obligations n'ont de sens et de valeur que comme extension artificielle de notre force personnelle. Ce sont de nouveaux organes que l'art ajoute à notre nature. » De même Ihering nous dit que le voleur attaque non seulement la chose mais encore la personne, et il ajoute : « Dans sa propriété la partie lésée se défend elle-même, défend sa personnalité » (2). Et ce n'est pas seulement pour la propriété que l'on peut remarquer cette connexion intime du droit avec la personne. Cela est vrai pour tous les droits, et la question de savoir si un droit est exclusivement personnel est bien souvent délicate à trancher. Nous devons donc avant tout chercher une méthode qui nous permette de préciser les limites du domaine de la règle de l'article 1166 et de l'exception.

On pourrait songer tout d'abord à envisager successivement chaque droit en lui-même et à décider en tenant compte de la nature et du caractère de ce droit s'il peut être exercé par les créanciers ou s'il doit être classé dans la catégorie des droits exclusivement personnels.

(1) *Traité de droit romain*, traduction Guenoux, t. I, p. 330.
(2) *La lutte pour le droit*, traduction Meulenaere, p. 25.

Ce procédé que l'on pourrait appeler le *procédé de l'énumération* est en général employé par les rédacteurs des recueils de jurisprudence (1). On classe les droits par ordre alphabétique et l'on détermine à propos de chacun d'eux s'il doit figurer dans la règle ou dans l'exception.

C'est là un procédé qui peut présenter quelque intérêt pour les besoins de la pratique, mais il est critiquable parce qu'il ne présente aucun caractère scientifique. On peut l'admettre dans un répertoire de jurisprudence, mais non dans un ouvrage de doctrine. D'ailleurs, à quoi bon dresser un dictionnaire des droits personnels qui sera toujours incomplet ! Le domaine des droits qui peuvent appartenir à une personne varie tous les jours et de plus il est illimité. Calqués sur les besoins et les aspirations d'un peuple, les droits varient avec l'état des mœurs et l'état social de ce peuple. Les droits naissent, vivent et meurent avec les institutions qui les ont engendrés. Ainsi on discutait soit en droit romain, soit dans notre ancien droit la question de savoir si certains droits devaient être considérés comme exclusivement personnels alors que la question ne se poserait plus aujourd'hui. On se demandait, par exemple, si le droit de saisie féodale faute de foi et hommage, et le droit de saisie faute de relief pouvaient être exercés par les créanciers du seigneur. Et tandis qu'on déclarait le premier exclusivement attaché à la personne du seigneur parce qu'il constituait une vengeance du mépris du vassal, on accordait l'exercice du second aux créanciers parce qu'il avait sa base dans le préjudice pécuniaire causé au seigneur par le vassal qui refusait de

(1) V. à titre d'exemple le *Répertoire* Fuzier-Hermann, au mot « Créancier ».

payer les droits de relief (1). De même une question très controversée dans notre ancienne jurisprudence était celle de savoir si les créanciers pouvaient exercer le droit qui appartenait aux enfants des conjoints de demander la continuation de la communauté après la dissolution du mariage, quand il n'y avait pas eu d'inventaire. Tandis que Lebrun soutenait la négative, Argou admettait l'opinion contraire, disant que les créanciers « entrent dans tous les droits de leur débiteur vivant et les peuvent exercer malgré lui pourvu qu'ils le fassent à leurs risques et périls et fortune », et c'était aussi l'avis de Pothier et de Denizart (2).

On pourrait multiplier ces exemples, citer les divergences qui s'étaient produites sur le point de savoir si les droits d'aînesse et de préciput, le droit d'exercer le retrait lignager étaient des droits exclusivement attachés à la personne (3). Mais ces controverses n'offrent plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, et nous en avons dit assez pour montrer que le domaine de l'article 1166 varie sans cesse.

Si certains droits disparaissent, en revanche des droits nouveaux se créent sous l'empire des besoins nouveaux, et la question se pose de savoir si ces droits peuvent être exercés par les créanciers aux lieu et place de leur débiteur ou si ce sont des droits exclusivement personnels. C'est ainsi que nous aurons à rechercher, à propos de l'institution relativement récente de l'assurance sur la vie, si le droit

(1) Guy-Coquille, *Traité des fiefs*, art. 11.

(2) V. sur ce point : *Traité de la communauté* de Pothier, nos 874-875 ; Denizart, *Décisions nouvelles* au mot « Continuation de communauté » ; Merlin, *Répertoire et Questions de droit*, même mot.

(3) Poullain-Duparc, *Principes*, t. VIII, p. 282.

de demander le rachat ou la réduction d'une police peut être exercé par les créanciers de l'assuré.

Une énumération des droits exclusivement personnels serait donc toujours incomplète. Elle le serait alors même qu'on se placerait à une époque déterminée, parce que le domaine des droits, variable avec le temps est aussi illimité dans son étendue à une époque fixe. A raison du principe de la liberté des conventions, principe qui est à la base de notre législation et qui trouve sa consécration dans les articles 6 et 1134 du Code civil, le nombre des rapports juridiques possibles ne peut être limité que par la fantaisie et l'imagination des parties contractantes.

Notre conclusion est donc que le procédé de l'énumération n'est pas de nature à satisfaire la raison, et qu'il présente les plus sérieux inconvénients.

Le système suivi par la majorité des auteurs n'en diffère cependant pas dans une bien grande mesure. Il consiste à poser quelques principes plus ou moins généraux et surtout plus ou moins vagues autour desquels on groupe des solutions d'espèces. C'est bien là le système suivi par M. Demolombe qui estime qu'il est impossible de donner une définition du droit exclusivement personnel. « Ce ne serait pas assez de dire qu'une telle définition était périlleuse. *Omnis definitio periculosa est.* Elle était véritablement impossible. Aussi ceux qui ont voulu essayer de renfermer cette exception dans les termes d'une définition rigoureuse y ont-ils échoué. Ce qu'on peut entreprendre seulement, c'est de poser quelques règles générales toujours subordonnées aux règles de la matière dans laquelle s'élèvera la question de savoir s'il s'agit d'un droit exclusivement attaché à la personne, car cette question peut s'élever successivement dans toutes les matières du droit

et elle subit l'influence des principes particuliers de chacune d'elles. Ceci même la rend insusceptible de généralisation absolue (1). » Et mettant en application cette doctrine, M. Demolombe pose les trois principes généraux suivants : « Sont attachés à la personne : 1° les droits qui ne sont pas dans le patrimoine du débiteur ; 2° les droits incessibles et insaisissables ; 3° les droits qui faisant partie du patrimoine du débiteur sont d'une nature telle que l'exercice doit en être subordonné à la volonté libre du débiteur lui-même ». Nous verrons que les deux premiers termes de cette formule sont exacts, mais quelle est l'utilité du troisième ? Il est conçu en termes tellement vagues (M. Demolombe le reconnaît lui-même) qu'on y chercherait en vain le caractère des droits exclusivement personnels, qui rentrent dans cette catégorie.

Ce système qui est aussi suivi par M. Larombière (2) ne paraît donc pas satisfaisant, et nous préférons la méthode qui consiste à établir de larges catégories dans lesquelles on classe les divers droits. Ce nouveau procédé paraît bien être celui de M. Laurent (3) qui prend pour base de sa classification le caractère moral ou pécuniaire du droit. Il distingue les droits purement moraux et les oppose aux droits purement pécuniaires. Les premiers à la différence des seconds ne peuvent être exercés par les créanciers, car ils ne figurent pas dans leur gage. Quant aux droits qui contiennent un élément moral et un élément pécuniaire, il faudra rechercher lequel de ces deux éléments domine. Si le caractère moral domine, le droit ne pourra

(1) Demolombe, t. XXV, n° 55.
(2) Larombière, t. II, sur l'article 1166.
(3) Laurent, t. XVI, n°s 413 et 418.

pas être exercé par les créanciers ; il pourra l'être au contraire si c'est l'élément pécuniaire qui l'emporte. M. Laurent remarque enfin que même parmi les droits pécuniaires il en est qui sont exclusivement personnels ; ce sont ceux qu'une disposition législative a soustraits à l'action des créanciers et ceux qui sont incessibles et insaisissables.

C'est à cette doctrine que se rallie M. Baudry-Lacantinerie (1), en remarquant non sans juste raison, qu'il faut tenir compte dans cette classification non pas du résultat auquel aboutit l'exercice du droit, mais bien du fondement sur lequel il repose. La distinction n'est pas sans intérêt ainsi qu'il le démontre à propos du retrait successoral. Si l'on tient compte du résultat du retrait successoral on dira que c'est un droit à la fois moral et pécuniaire. L'élément moral consiste en ce que l'exercice du retrait exclut un étranger du partage ; l'élément pécuniaire, en ce que le retrayant acquiert la part de l'actif héréditaire à laquelle le retrayé aurait eu droit. Si, au contraire, on tient compte uniquement du fondement du retrait successoral on est amené à décider qu'il constitue un droit purement moral, car le but du législateur a été de faciliter les opérations du partage et d'éviter les discussions que la présence d'un étranger pourrait faire naître.

Cette doctrine est assez séduisante ; elle crée de larges catégories toujours ouvertes dans lesquelles peuvent s'enchâsser non seulement les droits actuels, mais encore les droits nouveaux créés suivant les besoins sociaux. Elle n'est pas d'ailleurs sans inconvénient, car lorsqu'on se trouvera en présence d'un droit à la fois moral et pécuniaire, il

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, nos 137 et 138. — V. aussi Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. I, nos 591-592.

sera souvent fort difficile de dire lequel des deux fondements doit prévaloir. Enfin l'on peut surtout reprocher à cette doctrine de n'avoir pas délimité tout d'abord le champ d'application de la règle. On considère que tous les droits moraux sont exclusivement attachés à la personne. Nous verrons qu'il est préférable de dire que ces droits ne peuvent pas être exercés, parce qu'ils ne sont pas compris dans la règle de l'article 1166. En d'autres termes, il y a une règle et une exception, et l'exception ne peut viser que les droits contenus dans la règle.

Voici donc quelle est la méthode que nous allons suivre. Nous déterminerons le champ d'application de la règle posée par l'article 1166 du Code civil. Puis nous rechercherons quels sont les droits figurant dans le domaine de l'article 1166 qui doivent être considérés comme « exclusivement attachés à la personne ». Nous indiquerons enfin le critérium qui permet de les reconnaître. C'est la méthode enseignée par M. Huc (1), et c'est celle qui nous paraît la plus rationnelle.

SECTION I. — Des droits qui ne sont pas compris dans la règle de l'article 1166 du Code civil.

Nous avons établi que la faculté accordée aux créanciers d'exercer les actions de leur débiteur, avait pour but d'assurer l'efficacité du droit de gage des créanciers, qu'elle trouvait sa base et sa raison d'être dans ce droit de gage.

(1) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, nos 189, 214 et suiv., et *Traité de la cession et de la transmission des créances*, t. I, n° 82 et suiv. — Comp. Périer, thèse de doctorat, p. 123 et suiv.

Nous allons maintenant tirer de ce principe fondamental une conséquence très importante en ce qui concerne la partie de cette étude que nous abordons. C'est que tout droit, toute action qui ne seront pas compris dans le gage des créanciers, ne pourront être exercés que par le débiteur. Ces droits, ces actions, resteront en dehors de la règle posée par l'article 1166. Et ceci exclut tous les droits dont le fondement n'est pas de nature à permettre de les classer parmi les droits patrimoniaux. Les droits extrapatrimoniaux seront donc en dehors du domaine de l'article 1166. Quels sont ces droits ? Il serait impossible de les énumérer tous et nous ne pouvons donner que des exemples.

Nous n'insisterons pas sur ces prétendus droits que sa qualité d'homme donne à l'individu et qui ne sont que l'affirmation de sa personnalité, la manifestation de sa liberté, tels que le droit d'aller et de venir, de faire respecter sa personne. Ces prérogatives qui appartiennent à tout être humain, ne sauraient être aujourd'hui le gage de ses créanciers. Il est tout aussi incontestable que les droits qui sont attachés à une fonction publique ne sauraient être exercés par les créanciers. Ce sont là des droits extrapatrimoniaux au premier chef, et si mon débiteur est fonctionnaire ou officier ministériel, je ne pourrai me substituer à lui pour exercer les droits attachés à sa fonction. Ces droits sont, comme le dit fort bien Larombière, « les éléments constitutifs de la personne même, naturelle, civile et politique » (1). C'est là un point qui est au-dessus

(1) Larombière, t. I, sur l'article 1166, n° 3. — V. aussi Bioche, *Dict. de proc. civ.*, au mot *Droits personnels*, n° 3 et Proudhon, *De l'usufruit*, t. IV, n° 2342.

de toute discussion, et nous ne croyons pas que la jurisprudence ait jamais eu à statuer sur de pareilles prétentions de la part des créanciers.

Il est plus intéressant de mentionner parmi les droits extra-patrimoniaux, les droits relatifs à l'état des personnes. L'état des personnes est hors du commerce et hors du gage des créanciers. Mais déjà la question est plus délicate, parce que l'état des personnes peut être la source d'avantages pécuniaires et donner naissance à de véritables actions patrimoniales. Nous devons donc préciser et examiner chacune des actions qui a fait naître des difficultés.

§ 1. — Des actions relatives à l'état des personnes.

Voyons d'abord l'action en désaveu. La loi détermine d'une façon nette et précise quelles sont les personnes qui peuvent exercer cette action, de même qu'elle détermine avec soin et restrictivement quelles sont les causes pouvant donner ouverture à cette action ; c'est que le but de l'action en désaveu est de sauvegarder l'honneur et la pureté de l'union conjugale, la légitimité des enfants. Durant la vie du mari, cette action n'appartient qu'à lui. Il est constitué en quelque sorte légitime contradicteur de l'enfant au nom de la famille, et s'il reste dans l'inaction, ses créanciers personnels ne pourraient se substituer à lui pour exercer l'action. Sans doute, le désaveu de l'enfant pourrait entraîner certaines conséquences pécuniaires. C'est ainsi que le mari qui triomphe dans une action en désaveu est déchargé de l'obligation alimentaire dont il est tenu à l'égard de son enfant. Mais ces conséquences pécuniaires ne sont qu'indirectes et secondaires, et si l'on envisage l'action en désaveu quant à son fonde-

ment, on doit reconnaître que ce fondement est purement moral et qu'il s'agit d'une action extra-patrimoniale (1).

Mais supposons maintenant que le mari vienne à décéder dans le délai utile pour exercer l'action et sans y avoir renoncé ; on sait que l'action en désaveu passe alors aux héritiers en subissant une véritable transformation, et devient l'action en contestation de légitimité. Elle change non seulement de nom, mais aussi de caractère. L'élément moral s'efface devant l'élément pécuniaire. On n'en peut douter en lisant l'article 317 du Code civil qui nous représente les héritiers contestant la légitimité de l'enfant afin de sauvegarder leurs intérêts pécuniaires contre ses prétentions. A raison de cette métamorphose, l'action fait désormais partie du patrimoine des héritiers et peut être exercée par les créanciers de ceux-ci.

C'est en vain qu'on a invoqué les travaux préparatoires pour soutenir l'opinion contraire. On a dit qu'un article du projet donnant l'action en désaveu à tout intéressé a été rejeté (2) et que l'article définitif ne l'accordant qu'aux héritiers devait être interprété restrictivement. Cette faveur ne peut donc être étendue aux créanciers. Il résulte bien de cette modification du projet primitif que les créanciers des héritiers n'ont pas une action directe, mais il n'en résulte pas qu'ils ne puissent agir en vertu de l'article 1166. Si l'action n'appartient qu'aux héritiers elle repose néanmoins sur un fondement pécuniaire et figure au nombre des actions patrimoniales (3).

(1) Demolombe, t. XXV, n° 65 ; Larombière, t. II, sur l'article 1166, n° 5 ; Huc, *op. cit.*, t. VII, n° 189 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, n° 792 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, t. I, n° 792.

(2) Fenet, t. II, p. 53

(3) Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, t. I, n° 593 et les autorités citées à la note.

On a beaucoup discuté aussi sur le point de savoir si l'action en réclamation d'état pouvait être exercée par les créanciers. Recherchons d'abord quelle est la situation des créanciers tant que vit le titulaire de l'action en réclamation d'état. Dans une opinion on décide que le fondement de l'action en réclamation d'état étant essentiellement moral, jamais les créanciers ne pourront exercer cette action. On prend pour point de départ cette idée très juste d'ailleurs, que l'action en réclamation d'état a pour but de permettre à une personne d'établir quelle est sa position dans sa famille. Sans doute, cette position une fois établie, il pourra en découler des conséquences pécuniaires. Mais ce sont là des conséquences indirectes, et les créanciers ne pourront profiter de ces avantages en intentant une action qui n'est pas comprise dans leur droit de gage (1).

Dans une seconde opinion on distingue. Les créanciers ne pourront intenter en vertu de l'article 1166 l'action en réclamation d'état si leur but unique est d'établir la filiation de leur débiteur. Ils pourront au contraire l'exercer s'ils veulent seulement repousser par là une fin de non-recevoir qu'on leur oppose, si, en d'autres termes, la question d'état n'intervient qu'incidemment. Voici d'ailleurs à quel propos cette théorie avait été soutenue par le chancelier d'Aguesseau dans son « Sixième plaidoyer ». Des créanciers réclamaient ce qui revenait à leur débiteur dans une succession et les cohéritiers du débiteur contestaient l'état civil de celui-ci. Les créanciers se trouvant ainsi mis en demeure de prouver leur droit, il était impossible

(1) Duranton, t. X, n° 563 ; Kœnigswarter, *Revue française et étrangère de législation*, année 1841, p. 689 à 700.

suivant d'Aguesseau de leur en refuser les moyens (1).

Enfin dans une troisième opinion on accorde aux créanciers le droit d'exercer l'action en réclamation d'état dans tous les cas. On invoque en ce sens l'autorité de d'Aguesseau et la généralité des termes de l'article 1166 (2).

Cette dernière opinion doit être rejetée. C'est à tort qu'elle invoque l'autorité de d'Aguesseau qui faisait une distinction, ainsi que nous l'avons indiqué. Il n'y a pas non plus d'argument à tirer de la généralité des termes de l'article 1166, car son domaine n'est pas illimité et ne comprend pas les actions extra-patrimoniales.

Quant à la doctrine intermédiaire, elle ne nous paraît pas non plus acceptable bien qu'elle ait pour elle la majorité des auteurs. La distinction que l'on propose est dangereuse, parce qu'elle permettra toujours aux créanciers d'exercer l'action en réclamation d'état appartenant à leur débiteur. Il suffira en effet que la question d'état ne fasse pas l'objet de conclusions positives de la part des créanciers demandeurs. Les défendeurs soulèveront alors la question et les créanciers seront autorisés à établir l'état de leur débiteur parce qu'ils invoqueront un simple moyen de défense. Grâce à cet artifice de procédure déjà signalé et même recommandé par Delvincourt (3), la demande des créanciers sera toujours recevable, et l'action en réclamation d'état bien que figurant parmi les actions extra-patrimoniales, pourra être exercée par les créanciers.

(1) Demolombe, t. V, n° 284 ; Delvincourt, t. II, p. 523 ; Larombière, t. II, sur l'article 1166, n° 4 ; Laurent, t. III, n° 470 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 593.

(2) Merlin, *Questions de droit,* V° *Légitimité,* sect. IV, § 1 : Toullier, t. II, n° 372.

(3) T. II, p. 736.

Aussi nous préférons la doctrine plus nette et plus franche qui n'admet en aucune façon les créanciers à soulever les questions d'état, ni par voie principale ni par voie incidente, doctrine qui d'ailleurs triomphe en jurisprudence (1).

Lorsque l'action en réclamation d'état passe aux héritiers, les créanciers de ceux-ci pourront-ils l'exercer. On reconnaît généralement que l'action en réclamation d'état subit alors une transformation comme l'action en désaveu. Son fondement cesse d'être moral pour devenir pécuniaire ; elle devient une action patrimoniale que les créanciers peuvent exercer en vertu de l'article 1166 (2).

Parmi les actions relatives à l'état des personnes, nous citerons encore les actions en nullité de mariage quand il s'agit de nullité relative. De l'avis de tous les auteurs les créanciers ne peuvent introduire une pareille demande. Quant aux actions en nullité basées sur une nullité absolue, nous verrons qu'elles peuvent être exercées par les créanciers directement et sans qu'ils aient besoin d'invoquer l'article 1166.

Mentionnons encore parmi les actions extra-patrimoniales relatives à l'état des personnes, les actions tendant à faire prononcer un divorce ou une séparation de corps, ainsi que celles qui tendent à faire prononcer une interdiction, une mainlevée d'interdiction, une émancipation. Ces actions ont en effet pour but de modifier l'état civil des personnes, et l'état civil d'un débiteur n'est pas un élé-

(1) Cass., 6 juillet 1836, S. 36.2.249 ; Bastia, 2 février 1857, S. 57. 2.129 ; Paris, 16 février 1889, S. 89.2.201. — V. aussi Cour suprême de Luxembourg, 13 mai 1892, S. 92.4.37.

(2) Demolombe, t. XXV, n° 301 ; Laurent, t. III, n° 470 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 593.

ment actif compris dans le gage collectif des créanciers.

Mais ce ne sont pas seulement les droits et actions relatifs à l'état des personnes qui sont en dehors de la règle posée par l'article 1166 ; ce sont aussi les droits qui naissent des rapports de famille. Nous faisons allusion aux droits qui naissent de la puissance paternelle et que la loi accorde au père et à la mère sur la personne de leurs enfants, tels que le droit de correction, ou le droit de consentir au mariage, à l'adoption, à l'émancipation de l'enfant. Ces droits sont en dehors du patrimoine et par conséquent du gage des créanciers, parce qu'ils sont conférés aux parents bien plus dans l'intérêt des enfants que dans leur intérêt personnel. Cela est vrai aujourd'hui surtout, parce que le caractère de la puissance paternelle s'est profondément modifié avec le temps. Organisée autrefois sur le type d'un véritable droit existant au profit du père et lui donnant des pouvoirs sans limites, la puissance paternelle apparaît aujourd'hui bien plus comme une source d'obligations que de droits. Aussi tous les auteurs s'accordent à refuser aux créanciers l'exercice des droits que nous avons énumérés (1). Nous avons omis à dessein parmi les attributs de la puissance paternelle le droit d'administration légale, ainsi que le droit de jouissance légale dont nous parlerons plus loin.

§ 2. — Des actions vindictam spirantes.

Il faut encore éliminer du domaine de la règle formulée par l'article 1166 les actions que l'on désigne sous le nom d'actions *vindictam spirantes*. On peut ranger sous

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 594 et les auteurs cités à la note.

cette dénomination l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, et l'action en réparation d'un dommage causé à la personne. Mais il faut insister sur le caractère extra-patrimonial de chacune de ces deux actions car il a été contesté.

En ce qui concerne l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, il y a peu de difficultés tant que vit le donateur. On s'accorde à refuser aux créanciers l'exercice de l'action (1). C'est logique, car la révocation constitue pour le donataire une véritable peine et c'est au donateur seul qu'il appartient d'apprécier si la peine a été méritée.

Mais quand l'action passe aux héritiers il y a plus de difficultés, et la question se pose de savoir si le fondement de l'action reste purement moral ou devient pécuniaire. A l'appui de la première solution on a dit que les héritiers sont presque toujours les proches parents du défunt, et que c'est à eux seuls qu'il appartient d'apprécier au point de vue moral si l'offense faite au *de cujus* doit être vengée (2). A l'appui de la seconde solution on a dit que l'action en révocation subit une transformation. L'héritier n'est pas l'offensé : il n'a donc pas à apprécier s'il doit pardonner ou punir, et ce qu'il poursuit en demandant la révocation c'est une réparation pécuniaire et non morale de l'offense. Ce raisonnement nous paraît plus exact, et nous croyons que l'action en révocation devient une action patrimoniale (3).

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 120 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 613 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, t. I, n° 621 ; Demolombe, t. XX, n° 692-693 ; Laurent, t. XIII, n° 28, etc.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 418 et 419 ; Laurent, t. XIII, n°s 27 et 28 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 613.

(3) Demolombe, t. XX, n°s 690 et 692 ; Huc, *Comment. théor. et*

Les actions en dommages-intérêts à raison d'un préjudice causé à la personne du débiteur sont aussi à notre avis des actions extra-patrimoniales. L'action tend en effet à obtenir la réparation d'une offense dirigée contre la personne. Celui-là seul qui a subi cette offense doit pouvoir apprécier en toute liberté s'il veut se venger ou pardonner, et son silence doit être interprété dans le sens d'un pardon qui éteint définitivement l'action. « Ma personne, ma réputation, mon honneur, dit M. Demolombe, ne sont pas le gage de mes créanciers (1). » C'était en ce sens que se prononçait notre ancienne jurisprudence, et Guy-Coquille disait à propos des actions de cette nature : « Ils (les créanciers) ne peuvent y jeter l'œil, et c'est au débiteur lui-même et à lui seul de voir s'il se ressent être méprisé. »

Aussi cette solution était-elle admise à peu près unanimement dans la doctrine et la jurisprudence (2), quand M. Labbé (3) en 1881, a tenté dans une note de jurisprudence, de faire prévaloir une doctrine nouvelle. Cette note fort intéressante est tout entière empreinte de cet esprit d'équité qui anime si souvent cet arrêtiste remarquable, mais il faut bien reconnaître que la jurisprudence

prat., t. VII, n° 200 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. I, n° 1631. — Quelques auteurs font une distinction : les créanciers pourront exercer l'action en révocation si elle a déjà été intentée par le *de cujus*, mais non dans le cas contraire : V. en ce sens Larombière, t. II, sur l'article 1166, n° 9, *in fine*.

(1) Demolombe, t. XXV, n° 82 ; Delvincourt, t. II, p. 146 et 375 ; Colmet de Santerre, t. V, n° 81 *bis*, IX ; Laurent, t. XVI, n° 419 ; Sourdat, *Traité de la responsabilité*, t. , n° 73, p. 58.

(2) Lyon, 17 juin 1864, S. 65.2.139 ; Trib. civ. Seine, 9 janvier 1879, S. 81.2.21.

(3) Labbé, note S. 81.2.21.

n'en a pas moins continué à suivre la doctrine traditionnelle (1), peut-être plus conforme aux principes du droit. M. Labbé proposait la distinction suivante : S'agit-il d'une action en dommages-intérêts basée sur un préjudice purement moral, les créanciers ne pourront pas l'exercer. S'agit-il au contraire d'une action en dommages-intérêts basée sur un préjudice matériel causé à la personne, les créanciers pourront l'intenter. Ainsi il faut distinguer dans la personne du débiteur : « les intérêts moraux auxquels les créanciers ne peuvent toucher, qu'ils ne peuvent défendre. La considération, l'honneur du débiteur, ne sont pas le gage des créanciers. Mais il y a des facultés, une puissance de travail qui regarde les créanciers... Ils peuvent prendre en considération en accordant crédit les espérances d'enrichissement, les facultés industrielles du débiteur.... Et si la faute d'un tiers enlève au débiteur cette source de gain, les créanciers peuvent dire : non seulement les dommages-intérêts seront notre gage comme ceux dus à raison d'une atteinte à l'honneur, à la considération, mais encore ce droit à des dommages-intérêts correspond à un appauvrissement du débiteur, à un vide fait dans son patrimoine. Ce droit est dans son principe comme dans son résultat d'intérêt pécuniaire et exerçable ».

Cette distinction avait déjà été entrevue dans une thèse de doctorat (2). Après avoir indiqué que les injures, la diffamation donnent naissance à des actions que les créanciers ne peuvent exercer au nom de leur débiteur, M. Bourgeois ajoutait : « La question changerait de face si le tort

(1) Trib. civ. Meaux, 6 décembre 1882, *Gaz. Pal.*, 83.1.559 ; Trib. civ. Seine, 27 juillet 1892, *Gaz. Trib.*, 4 août 1892.

(2) Bourgeois, thèse de doctorat, Paris, 1875.

matériel fait à la personne s'était traduit en un préjudice relatif aux biens, si, par exemple, en le blessant on lui avait enlevé pour un temps ou pour toujours le moyen de réaliser des bénéfices sur lesquels ses créanciers avaient le droit de compter pour leur paiement. En effet, en un certain sens, il n'est pas absurde de dire que la réputation du débiteur et son activité sont le gage de ses créanciers. Néanmoins, c'est là un point de vue plus économique que juridique et les termes de l'article 2092 ne sauraient être étendus jusque-là. Quelle que soit donc, dans ces hypothèses, l'apparence d'un droit existant en faveur des créanciers, nous maintenons que l'article 1166 ne leur permet jamais d'intervenir pour demander la réparation d'un préjudice qui n'a pas directement affecté les biens de leur débiteur ».

Nous croyons aussi que la doctrine traditionnelle est préférable à celle de M. Labbé, qui tend à confondre la notion de crédit personnel avec la notion de gage. Lorsqu'une personne contracte avec une autre elle peut tenir compte à la fois du crédit réel et du crédit personnel de son futur débiteur. Mais le crédit personnel, c'est-à-dire les espérances d'enrichissement que le créancier peut fonder sur le talent, l'habileté, les aptitudes industrielles ou commerciales, l'activité de son débiteur ne font pas partie de son droit de gage. Si le débiteur cessait brusquement tout travail le créancier ne pourrait rien lui objecter. Comment dès lors lui permettre d'intenter une action en dommages-intérêts à raison d'un préjudice qui porte atteinte à son activité. La thèse de M. Labbé serait parfaitement acceptable si notre législation actuelle faisait de la personne physique du débiteur le gage des créanciers, comme les anciennes législations romaine et germanique. Mais il en

est autrement, et nous croyons inexact de dire au point de vue juridique, que la puissance de travail de l'individu est le gage de ses créanciers.

La question se complique encore davantage quand l'atteinte portée à la personne du débiteur entraîne sa mort immédiate. Dans ce cas, avant de rechercher si l'action en dommages-intérêts peut être exercée par les créanciers de la victime, il convient de rechercher si cette action peut naître dans le patrimoine du débiteur. La jurisprudence se prononce (1) avec raison dans le sens de la négative. En effet, l'action en dommages-intérêts trouvant son principe dans la mort de la victime n'a jamais pu faire partie de son patrimoine. Elle ne passe donc pas aux héritiers. Il faut donc en conclure que ni les créanciers des héritiers, ni les créanciers de la victime ne pourront l'exercer.

M. Labbé a tenté d'échapper à ces déductions logiques qui lui ont sans doute paru peu conformes à l'équité. Il remarque qu'il y a dans cette hypothèse un préjudice souffert de même nature que dans le cas précédent, et là où il y a même préjudice il doit y avoir même action. L'action en dommages-intérêts passera donc aux héritiers et leurs créanciers pourront l'exercer s'ils n'agissent point. Cette solution est peut-être plus équitable, mais elle ne paraît pas conforme aux principes généraux du droit et il ne suffit pas de répondre pour la justifier que la mort étant le dernier instant de la vie, l'action a pu prendre naissance à cet instant même et passer aux héritiers, continuateurs de la personne du défunt (2). Cette explication qui aurait pu

(1) Besançon, 1er décembre 1880, D. 81.2.65 et la note ; Bagnères-de-Bigorre, 22 décembre 1892, *Gaz. Trib.*, 30-31 janvier 1892.

(2) Périer, thèse de doctorat, p. 129-130.

satisfaire les jurisconsultes romains ne nous paraît être qu'une subtilité inacceptable.

On peut enfin supposer que le débiteur qui meurt à la suite d'une atteinte portée à sa personne soit insolvable et que personne ne veuille accepter sa succession. Les créanciers pourront-ils agir dans ce dernier cas ? Oui, répond encore M. Labbé, mais pour justifier cette solution il doit faire revivre l'ancienne fiction romaine : *Hereditas jacens sustinet personam defuncti*. Le désir d'éviter un résultat injuste n'est pas suffisant pour permettre l'introduction dans notre droit civil d'une fiction qui ne s'y trouve pas. Il y a d'ailleurs un motif plus déterminant encore pour refuser l'action en dommages-intérêts dans ce cas : c'est que cette action n'a jamais fait partie du patrimoine du débiteur, ni par suite du gage des créanciers.

Nous concluons donc que jamais les créanciers ne pourront intenter une action en dommages-intérêts à raison d'une atteinte portée à la personne de leur débiteur. Il n'en serait autrement que si cette action avait déjà été intentée par le débiteur lui-même. L'action fait alors partie du patrimoine du débiteur et les créanciers peuvent continuer la poursuite.

§ 3. — Théorie des facultés.

Poursuivant notre travail d'élimination, nous exclurons du domaine de la règle posée par l'article 1166 les simples facultés. Mais ce mot faculté a un sens vague et il importe de le préciser. Tous les auteurs reconnaissent qu'il faut établir une distinction entre les droits et les facultés, mais on est loin d'être d'accord quand il s'agit de déterminer où s'arrête la notion de faculté pour céder la place à la

notion de droit. La question est cependant très importante, puisque les simples facultés ne peuvent être exercées par les créanciers, l'article 1166 ne parlant que des droits et actions du débiteur. Il faut éviter un double écueil : d'une part, ne pas donner à cette expression « faculté » un sens trop étendu ainsi que l'ont fait certains auteurs ; et, d'autre part, se mettre en garde contre une tendance très répandue et suivant laquelle les créanciers pourraient user de la faculté que leur confère l'article 1166 toutes les fois qu'ils y auraient intérêt. Cette tendance pourrait être suivie si l'article 1166 avait pour but de permettre aux créanciers de profiter de tous les avantages dont jouit le débiteur, de faire tout ce que le débiteur pourrait faire. Mais cette interprétation serait absurde parce qu'elle aboutirait à l'anéantissement de la personnalité juridique du débiteur. Il faut donc donner à ces mots « droits et actions » contenus dans la formule de l'article 1166 une signification plus précise et plus restreinte. Nous avons déjà vu qu'ils ne pouvaient pas s'appliquer aux actions extra-patrimoniales; nous allons maintenant opposer aux droits les simples facultés.

Qu'est-ce donc que la faculté? M. Huc (1) la définit : « la possibilité pour une personne de produire à sa convenance des actes juridiques ne se rattachant à l'exercice d'aucune action contre un tiers ». M. Laurent (2) dit de même : « les droits que l'article 1166 autorise les créanciers à exercer sont ceux que le débiteur a contre un tiers ». Enfin la même idée se retrouve chez M. Larombière (3) :

(1) Huc, *Comment. théor. et prat. du C. civ.*, t. VII, n° 190 ; *Traité de la cession*, t. I, n° 62 et n^{os} 90-93.

(2) Laurent, t. XVI, n° 424.

(3) Larombière, t. II, sur l'art. 1661, n° 17.

« Les droits et actions dont parle l'article 1166 ne doivent pas s'entendre des simples facultés. L'existence d'une faculté n'implique en effet l'existence d'aucun droit ; ou mieux elle implique plus que l'existence d'un droit. A tout droit correspond une obligation imposée à une autre personne, droit et obligation essentiellement prescriptibles. Or une faculté existe et s'exerce sans qu'elle constitue l'exécution d'une obligation imposée à un tiers. »

Ainsi ce qui différencie le droit de la faculté, c'est que le droit suppose l'existence d'une action contre un tiers, c'est que ce droit implique l'idée de contrainte qui fait défaut dans la faculté. Prenons un exemple pour mieux mettre en lumière cette distinction. Propriétaire d'un immeuble, j'ai le droit de le louer, mais est-ce là réellement un droit ainsi que l'on dit dans le langage courant ? Certainement non. C'est une faculté car je ne puis contraindre personne à louer cet immeuble, je n'ai pas d'action pour obliger un tiers à passer un bail. Il ne s'agit pas d'un véritable droit, mais bien d'une faculté. Au contraire, supposons qu'un tiers commette quelque dégradation sur mon immeuble. J'aurai le droit de lui demander des dommages-intérêts, et ici il s'agit bien d'un véritable droit qui éveille une idée de contrainte et qui est sanctionné par une action.

Si l'on demande maintenant pourquoi les facultés appartenant au débiteur ne peuvent pas être exercées par ses créanciers, comme peuvent l'être ses droits, il est facile de répondre que c'est avec juste raison que le législateur a apporté certaines limites au droit exorbitant que l'article 1166 confère aux créanciers. S'il est juste d'accorder à ceux-ci une certaine protection, il ne faut pas non plus annihiler la personnalité du débiteur. L'exercice des fa-

cultés suppose une manifestation de volonté de la part du débiteur ainsi que de la part d'un tiers, et tant que ces volontés ne seront pas manifestées il n'y aura pas un droit acquis existant au profit du débiteur faisant partie de son patrimoine et, par suite, du gage de ses créanciers.

Le principe posé il faut en déduire les conséquences, en faire des applications pratiques : nous examinerons d'abord celles qui n'ont soulevé aucune discussion, ou du moins qui sont généralement admises en doctrine et en jurisprudence ; nous passerons ensuite à celles qui ont été controversées.

Il y a un premier point à peu près certain, c'est que les créanciers ne peuvent se prévaloir de l'article 1166 pour s'immiscer dans l'administration du patrimoine de leur débiteur. Celui-ci reste libre de gérer à son gré ce patrimoine ; il peut user, jouir, disposer de ses biens en toute liberté et les créanciers ne peuvent se substituer à lui s'il exploite mal ses propriétés, s'il laisse ses terres en friches au lieu de les cultiver, s'il ne loue pas ses maisons. Cette solution s'impose (1), car décider autrement ce serait placer le débiteur dans la plus intolérable des tutelles. La jurisprudence qui ne s'est pas toujours assez pénétrée de cette idée en est arrivée à donner des solutions contraires à ce principe, notamment en matière de bail. Nous avons vu en effet, que certaines décisions judiciaires avaient autorisé les créanciers à affermer les biens de leur débiteur, à résilier des baux par lui passés, mais la jurisprudence actuelle est fixée en sens contraire (2).

(1) V. dans ce sens : Demolombe, t. XXV, nos 56 et 57 ; Larombière, sur l'art. 1166, t. II, n° 17 ; Laurent, t. XVI, n° 424 ; Planiol, *Précis*, t. II, n° 299 ; Huc, *Comment. théor. et prat.*, t. VII, n° 190 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 599.

(2) En ce sens : Paris, 13 décembre 1900, *La Loi*, 20 mars 1901.

Les créanciers, qui ne peuvent pas exercer, en vertu de l'article 1166, le droit qui appartient à leur débiteur d'administrer ses biens, ne peuvent pas davantage exercer le droit d'administration qui peut lui appartenir sur les biens d'autrui. Ainsi le débiteur administre mal les biens de ses enfants mineurs, ou les biens dotaux ; les créanciers ne pourront exercer ce droit d'administration à son lieu et place. La question ne saurait faire doute dans le premier cas, car l'administration légale est un devoir bien plus qu'un droit. Elle doit être tranchée dans le même sens dans le second cas, parce que le droit d'administrer est une simple faculté dont l'exercice ne saurait appartenir aux créanciers (1).

Il faut aussi ranger parmi les pures facultés l'acceptation d'une offre de vente, d'échange, de donation. Ce sont là des facultés qui naissent d'une pollicitation, et la simple pollicitation ne confère aucun droit acquis à celui à qui elle est faite tant qu'il n'a pas accepté. Toute convention suppose le concours de deux volontés, et les créanciers ne peuvent substituer leur volonté propre à celle de leur débiteur. L'article 1166 n'a pas pour but de permettre aux créanciers de passer des actes juridiques à la place de leur débiteur, mais d'exercer des actions contre les tiers. C'est d'ailleurs l'opinion admise par la plupart des auteurs (2)

(1) Trib. civ. Nantes, 12 juin 1889, *La Loi*, 9 juillet 1889.

(2) Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 600, et les auteurs cités à la note. — V. cependant, Huc, *Comment. théor. et prat.*, t. VII, n° 194 et *Traité de la cession*, t. I, n^{os} 92 et 93. Cet auteur distingue entre l'offre d'un contrat synallagmatique et l'offre d'un contrat unilatéral. Dans ce dernier cas, les créanciers pourraient accepter l'offre d'un avantage ne présentant pas le caractère d'une libéralité. C'est oublier que l'article 1166 n'autorise pas les créanciers à passer des actes juridiques à la place de leur débiteur.

dans la doctrine et par la jurisprudence. Voici comment s'exprime la Cour de cassation dans un arrêt du 11 mai 1846 (1) à propos du désistement qui constitue lorsqu'il est accepté un véritable contrat judiciaire : « l'article 1166 ne s'applique pas aux cas où il s'agit de créer une convention qui dépendant essentiellement de la volonté du débiteur ne peut être consentie que par lui, mais à des droits existants et qu'il refuse ou néglige d'exercer lui-même au détriment de ses créanciers. »

On s'accorde aussi à reconnaître que le droit de remplir un mandat ne peut être exercé par les créanciers. Mais pour justifier cette solution on fait valoir les motifs les plus différents. Les uns invoquent la nature même du mandat qui trouve sa base dans la confiance que le mandataire inspire au mandant. La volonté du mandant ne serait donc nullement respectée si les créanciers du mandataire pouvaient agir à son lieu et place. D'autres insistent sur cette idée que le mandat est pour le mandataire la source d'obligations bien plus que de droits. On a enfin soutenu que le droit de remplir un mandat devait être exclu du domaine de l'article 1166 parce qu'il constituait une pure faculté. Chacune des raisons qui ont été données est exacte, mais la dernière nous paraît la meilleure.

Les créanciers ne peuvent donc pas remplir un mandat au nom de leur débiteur (2), et cela est vrai qu'il s'agisse d'un mandat légal, judiciaire ou conventionnel. Il n'en serait autrement que si le mandat avait été donné à la fois dans l'intérêt du mandataire et du mandant ou d'un tiers. Le mandat peut alors conférer un véritable droit au man-

(1) S. 46.1.691.

(2) Demolombe, t. XXV, n° 60 ; Larombière, t. II, sur l'art. 1166, n° 6 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 595.

dataire, et si ce droit est pécuniaire il fait partie du patrimoine du débiteur et par suite du gage des créanciers.

Du contrat de mandat il faut rapprocher le contrat de dépôt. Accepter un dépôt c'est encore accomplir un acte de pure faculté, que les créanciers ne pourraient accomplir à la place de leur débiteur. Ils n'auraient donc pas qualité pour recevoir l'objet mis en dépôt chez leur débiteur (1).

Il faut d'ailleurs remarquer qu'il s'agit seulement de formation soit du contrat de mandat, soit du contrat de dépôt. Ainsi si le débiteur mandataire ou dépositaire avait fait certaines avances dans l'intérêt du mandat ou du déposant, les créanciers de ce mandataire ou de ce dépositaire pourraient en demander le remboursement si leur débiteur restait dans l'inaction. Nous sommes bien ici dans le domaine de l'article 1166.

Se fondant sur ce que le droit de remplir un mandat, d'accepter un dépôt sont de pures facultés, quelques auteurs ont refusé aux créanciers le droit de demander un envoi en possession des biens d'un absent au nom de leur débiteur, parce que l'envoi en possession participe de la nature du mandat et du dépôt (2).

Nous croyons aussi que l'envoi en possession des biens d'un absent doit figurer parmi les facultés, mais il n'est pas nécessaire pour cela de l'assimiler à un mandat ou à un dépôt. Sans doute, l'article 125 du Code civil déclare : « La possession provisoire ne sera qu'un dépôt... » Mais il faut reconnaître que le législateur a employé dans cet article un terme impropre, car il y a de grandes différences entre le dépôt et la possession provisoire. A la différence

(1) Demolombe, t. XXV, n° 62 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 596 ; Périer, thèse de doctorat, p. 136.

(2) Larombière, t. II, sur l'art. 1166, n° 8.

des dépositaires les envoyés en possession sont des administrateurs, ils obtiennent un salaire consistant dans une portion des fruits (art. 127, C. civ.). L'analogie n'est donc qu'apparente.

Si le droit de demander l'envoi en possession est une simple faculté, c'est parce qu'il tend à faire obtenir au demandeur l'administration des biens de l'absent. Or nous savons que les créanciers ne peuvent s'ingérer dans l'administration des biens à la place de leur débiteur (1).

Si cette solution a pour elle quelques suffrages, la majorité des auteurs (2) reconnaissent aux créanciers le droit de demander l'envoi en possession en vertu de l'article 1166. On fait valoir en ce sens que ce droit est purement pécuniaire et que son exercice peut être très profitable aux créanciers. On ajoute que les créanciers n'administreront pas eux-mêmes mais feront nommer un curateur chargé d'administrer les biens de l'absent. Ceci nous paraît arbitraire ; où trouve-t-on dans le Code un texte qui accorde un pareil droit aux créanciers ? Et qui nommera ce curateur ? Il est donc préférable de reconnaître qu'il s'agit d'un droit d'administration et que nous sommes hors du domaine de l'article 1166.

On peut enfin classer au nombre des pures facultés le droit qui appartient à tout auteur de publier ses œuvres et de les rééditer. Nous supposons l'auteur vivant et l'œu-

(1) Laurent, t. II, n° 187. Cette solution est aussi acceptée par M. Huc en principe, mais seulement pour les créanciers des héritiers présomptifs. — V. aussi Larombière, t. II, sur l'art. 1166, n° 8, et Colmar, 30 août 1837, S. 37.2.484. Il n'y a pas d'arrêts récents sur cette question.

(2) Moly, *Traité des absents*, p. 151 et suiv. ; Aubry et Rau, t. IV, n° 127 et note 44 ; Demolombe, t. II, n° 78 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 611.

vre écrite, réalisée matériellement dans un manuscrit destiné à la publication. Mais l'auteur par des raisons de convenances personnelles se refuse à livrer au public sa pensée. Ses créanciers pourront-ils en vertu de l'article 1166 exercer le droit de publication (1) ? La question est délicate, car elle se rattache à celle de savoir s'il existe une propriété littéraire. Or on a affirmé son existence et on l'a niée avec une égale énergie. Pour notre part, nous croyons qu'il faut toujours refuser aux créanciers d'un auteur l'exercice du droit de publication, quel que soit le parti auquel on s'arrête.

Si on nie l'existence d'une propriété littéraire on reconnaîtra tout naturellement que le droit de publication ne figure pas dans le patrimoine du débiteur et n'est pas le gage de ses créanciers. Ce n'est pas un droit réel, dit M. Morillot, car le droit réel suppose un rapport juridique mettant directement en contact le sujet du droit avec la chose objet du droit. Le sujet du droit ici c'est l'auteur, mais la chose objet du droit, où la trouver ? Ce n'est pas le manuscrit, car l'idée reste distincte de la matière qui la réalise, qui n'en est que le signe extérieur. « Etre propriétaire d'une œuvre littéraire ce serait être homme et chose, sujet et objet du droit.... Tout homme serait en naissant propriétaire d'une chose qui serait lui-même. » Si le droit de publication n'est pas un droit réel, ce n'est pas davantage un droit de créance. Le droit de créance suppose un rapport juridique existant entre deux personnes déterminées. Or si l'auteur est le sujet actif de ce rapport de droit, quel en est le sujet passif ? Ce ne peut être la société comme

(1) « De la personnalité du droit de publication qui appartient à un auteur vivant. » Morillot, *Rev. crit.*, année 1872-1873, t. XXXIX, p. 29 et suiv.

on l'a soutenu, car il est permis de se demander en quoi consisterait cette obligation sociale. Le droit de l'auteur n'étant ni un droit réel, ni un droit de créance ne figure donc pas dans le patrimoine ni dans le gage des créanciers, et ceux-ci ne peuvent exercer le droit de publication à la place de leur débiteur.

La doctrine moderne tend cependant à reconnaître l'existence d'une véritable propriété littéraire (1). Si cette idée ne s'est développée qu'avec peine, c'est parce que la protection accordée à la propriété littéraire n'est pas la même que celle accordée à la propriété ordinaire, c'est aussi parce que l'esprit, habitué à voir la propriété sous une forme plus ou moins tangible et matérielle se trouve désorienté en ne retrouvant pas dans la propriété littéraire les mêmes caractères et la même apparence.

Alors même qu'on se rallierait à cette doctrine, nous croyons qu'il faut décider que le droit de publication ou de réédition ne peut être exercé par les créanciers d'un auteur. Ces droits apparaissent alors comme les attributs du droit de propriété dont l'exercice constitue, ainsi que nous avons essayé de le démontrer, de simples facultés en dehors du droit de gage des créanciers.

Il ne faut pas d'ailleurs exagérer les conséquences de cette idée que les créanciers ne peuvent exercer le droit de publication qui appartient à l'auteur. Ainsi lorsque l'auteur aura exercé ce droit, lorsqu'il aura par exemple vendu son œuvre à un éditeur, les créanciers pourront

(1) Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, ch. II, p. 21 ; Couhin, *La propriété industrielle, artistique et littéraire*, t. I, p. 21. — *Contrà* : Renouard, *Traité des droits d'auteurs*, t. I, p. 433 ; Tailleur, *Rev. prat.*, année 1863, p. 145 et suiv. ; Planiol, *Précis*, t. I, n° 1283.

exercer l'action dont il dispose pour obtenir son paiement, s'il reste dans l'inaction. Il s'agit bien alors d'un droit pécuniaire et faisant partie du patrimoine. De même si l'auteur a cédé à un tiers le droit de publier son œuvre, les créanciers du cessionnaire pourront user du droit qui appartient à leur débiteur. L'œuvre littéraire est alors tombée dans le commerce et le droit de publication s'est transformé en un droit pécuniaire que les créanciers peuvent exercer (1).

Nous espérons avoir mis suffisamment en lumière la notion de faculté en passant en revue un assez grand nombre d'exemples et en solutionnant les questions les plus controversées. Poursuivant notre travail d'élimination, nous allons maintenant exclure du domaine de la règle posée par l'article 1166 les droits d'option.

§ 4. — Des droits d'option.

Dans certaines hypothèses prévues et réglementées par le Code civil le législateur accorde à une personne le choix entre plusieurs partis à prendre. C'est ainsi que les articles 774 et 775 du Code civil permettent au successible d'accepter la succession purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire, ou enfin de renoncer à cette succession ; de même le légataire peut accepter le legs qui lui est fait ou y renoncer. L'article 917 du Code civil crée aussi un droit d'option au profit des héritiers réservataires lorsque le *de cujus* a disposé par acte entre vifs ou par testament d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la

(1) En ce sens : Morillot, *op. cit.* On pourrait cependant dire que le droit de publier l'œuvre est pour le cessionnaire une pure faculté et n'implique nullement l'exercice d'une action contre un tiers.

valeur excède la quotité disponible. Les héritiers pourront exécuter la disposition ou faire l'abandon de la quotité disponible. L'article 1084 permet au donataire dans le cas de donation de biens présents et à venir, soit de s'en tenir aux biens présents en répudiant les biens à venir, soit d'opter pour les biens présents et à venir.

Les retraits qui ont subsisté en nombre restreint il est vrai dans notre législation, retrait successoral (art. 841), retrait d'indivision (art. 1408, al. 2), retrait litigieux (art. 1699) font naître aussi des droits d'option. La vente avec faculté de rachat qui n'est en somme qu'un retrait conventionnel est encore la source d'un droit d'option pour le vendeur. Citons enfin l'article 1722 du Code civil qui permet au locataire, lorsque la chose louée est détruite en partie pendant la durée du bail, de choisir entre une diminution de prix ou la résiliation du bail.

Dans toutes ces hypothèses, et nous en omettons un grand nombre, la question se pose de savoir si les créanciers peuvent exercer le droit d'option qui appartient à leur débiteur quand celui-ci reste dans l'inaction. Suivant certains auteurs, notamment suivant MM. Laurent et Huc, ces droits d'option constituent de pures facultés. Il faut donc les considérer comme étant toujours en dehors du domaine de la règle posée par l'article 1166.

Dans une autre doctrine on ne se prononce pas d'une manière aussi absolue, et si l'on reconnaît qu'il y a des cas où la faculté d'option ne correspondra pas à un droit proprement dit que les créanciers pourraient exercer, on ajoute que dans d'autres hypothèses le droit, tout en comportant une faculté d'option, n'en est pas moins un droit et peut être exercé par les créanciers (1). Ainsi sans atta-

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 601.

cher d'importance à ce fait que le débiteur peut exercer une option il faut rechercher s'il y a pour lui un « droit acquis », et lorsque cette condition sera remplie les créanciers pourront agir en vertu de l'article 1166. Voici comment M. Demolombe expose cette distinction à propos du retrait d'indivision. « Les créanciers, dit-il, ne peuvent pas vouloir aux lieu et place de leur débiteur en tant qu'il s'agit d'exercer des droits qui ne lui appartiennent pas et qui seraient de nature à ne pouvoir lui être acquis par un acte de sa volonté. Mais ils peuvent vouloir en son lieu et place en tant qu'il s'agit seulement d'exercer des droits qui lui appartiennent et font partie de son patrimoine. La nuance est délicate, mais la distinction est incontestable » (1).

Nous ne croyons pas que l'introduction en cette matière d'une distinction entre les droits acquis et les simples expectatives soit de nature à simplifier la question. Cette distinction est souvent difficile à préciser et M. Demolombe est obligé de reconnaître que la nuance qu'il indique est délicate. Aussi, nous croyons qu'il est préférable d'envisager le droit d'option en lui-même pour déterminer sa nature. Or si l'on se place à ce point de vue général, il est incontestable que le droit d'option n'implique nullement l'idée d'un droit à exercer contre un tiers, mais bien d'un choix entre deux parties. Ce choix peut avoir des conséquences pécuniaires importantes pour les créanciers mais il ne constitue pas par lui-même un droit compris dans le patrimoine du débiteur et par suite dans le gage des créanciers. Le droit d'option est donc une pure faculté

(1) Demolombe, t. XXV, n° 91; Bourgeois, thèse de doctorat, p. 57.

et il doit conserver cette nature dans tous les cas où le législateur l'accorde au débiteur (1).

Le principe posé, nous allons examiner les principaux droits d'option qui ont soulevé des difficultés, et voir à propos de chacun d'eux comment la doctrine et la jurisprudence ont tranché la question de savoir s'ils peuvent être exercés par les créanciers en vertu de l'article 1166.

a) *Acceptation ou répudiation d'une succession.* — A la différence du droit romain où les biens héréditaires ne faisaient pas partie du patrimoine de l'héritier tant qu'il n'avait pas fait adition, le droit français admet que dès le décès du défunt l'héritier est propriétaire des biens héréditaires sous la condition résolutoire d'une renonciation. Cette considération a fortement pesé sur la décision des auteurs qui reconnaissent aux créanciers le droit d'accepter une succession échue à leur débiteur (2). Il y a droit acquis au profit du débiteur du jour du décès du *de cujus* et l'acceptation ne fait que consolider ce droit. Les créanciers peuvent donc accepter la succession ou y renoncer et l'on ajoute que telle était la doctrine admise par notre ancien droit et suivie par le législateur dans l'article 788 du Code civil.

Ecartons d'abord ce dernier argument : nous avons vu en effet que l'article 788 du Code civil n'était pas une application de l'action indirecte, ni même de l'action paulienne et de l'action indirecte tout à la fois ; nous ne reviendrons pas sur cette démonstration.

(1) Huc, *Comment. théor. et prat.*, t. VII, n° 195 ; et *Traité de la Cession*, t. I, n^{os} 92 et 93 ; Laurent, t. XVI, n^{os} 425, 428 ; Périer, thèse de doctorat, p. 142.

(2) Demolombe, t. XV, n° 76 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. I, n° 1490 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 601.

Quant au premier argument tiré de ce que le débiteur a un droit acquis aux biens héréditaires il ne nous paraît pas meilleur. Le droit n'est acquis que tout autant que le débiteur ne renonce pas ; s'il renonce il sera censé n'avoir jamais été héritier, et l'article 1166 ne permet pas aux créanciers d'empêcher le débiteur de renoncer. Il n'y a donc pas ici un droit définitivement acquis. L'existence de ce droit est subordonnée à la volonté, à l'option du débiteur, et les créanciers ne peuvent opter à sa place.

Si l'on objecte que les créanciers ne substituent pas leur volonté à celle de leur débiteur, puisqu'ils n'interviennent que tout autant que le débiteur reste dans l'inaction, nous répondons avec M. Laurent (1), que l'héritier a le droit de rester dans l'inaction. « La loi, dit-il, me donne trente ans pour agir et elle ne donne pas à mes créanciers le droit de me forcer à opter plus tôt. Et après trente ans mon droit d'option sera éteint par la prescription. » Jamais dans cette hypothèse le débiteur ne restera dans l'inaction. Son silence même constitue un choix, puisqu'au bout de trente ans il sera définitivement déchu du droit d'accepter la succession (2) et on peut dire très justement ici que ne pas agir c'est encore agir !

b) *Acceptation ou répudiation d'un legs.* — La question de savoir si les créanciers peuvent en vertu de l'article 1166 accepter ou répudier un legs fait à leur débiteur présente une grande analogie avec la question précédente et doit être résolue de la même façon. Nous refuserons donc aux

(1) Laurent, t. XVI, p. 427 et t. IX, n° 477 ; Huc, *Comment. théor. et prat.*, t. VII, n° 195, *Traité de la cession*, t. I, n° 93.

(2) C'est du moins en ce sens que la jurisprudence est fixée. — V. Cass., 25 juillet 1862, S. 62.1.337; Cass., 28 février 1881, S. 81.1. 343 ; Trib. Ussel, 7 juillet 1897, *Pand. franç.*, 98.2.141.

créanciers le droit d'exercer un droit d'option qui ne peut l'être que par le débiteur. Ce n'est, comme le dit fort bien M. Laurent (1), que lorsque le légataire aura accepté le legs qu'une action naîtra dans le patrimoine à l'effet d'obtenir l'exécution de ce legs. Cette action en délivrance les créanciers pourront l'exercer, mais ils n'auront aucun droit auparavant, car le droit d'accepter ou de renoncer à un legs est une faculté non comprise dans leur gage. Cette solution paraît heureuse au point de vue pratique. Le légataire peut seul juger si sa conscience l'oblige à refuser une libéralité qui lui est offerte. « Lui seul dit M. Laurent, doit avoir le choix entre le repos de sa conscience et l'augmentation de sa fortune (2). »

c) *Acceptation ou renonciation à la communauté.* — La communauté dissoute, la femme se trouve en présence d'un choix à faire. Elle peut revendiquer la qualité de commune en biens ou se déclarer étrangère à la communauté ; elle peut enfin l'accepter en faisant valoir son bénéfice d'émolument. Il y a une analogie très remarquable entre le droit d'option qui appartient à la femme lors de la dissolution de la communauté et le droit d'option qui appartient à l'héritier. Nous déciderons donc que seule la femme peut opter dans le sens qui lui paraît le plus favorable à ses intérêts, car nous ne saurions reconnaître aux créan-

(1) Laurent, t. XVI, n° 426 ; Huc, t. VII, n° 195 ; Rouen, 3 juillet 1866, S. 67.2.11. Mais cette décision est plutôt motivée en fait qu'en droit. — En sens contraire : Demolombe, t. XXV, n° 59 ; Aubry et Rau, t. VII, § 726, p. 532.

(2) A raison de ce motif, MM. Baudry-Lacantinerie et Barde (t. I, n° 622) refusent aux créanciers ce droit d'option, mais ce motif existe aussi quand il s'agit de l'acceptation ou de la renonciation à une succession et cependant ces auteurs permettent alors aux créanciers d'exercer le droit d'option !

ciers l'exercice d'une faculté qui ne fait pas partie de leur gage (1).

A l'encontre de cette solution on a invoqué certains articles du Code civil et tout d'abord l'article 1453, qui accorde le droit d'option « à la femme ou ses héritiers et ayants cause ». Le mot « ayants cause »,a-t-on dit,ne peut viser que les créanciers. Nous répondons que ce mot, qui a un sens vague et indéterminé, peut fort bien avoir été employé ici pour faire allusion aux légataires universels ou à titre universel. Si d'ailleurs il fallait attribuer à ce mot « ayants cause » la portée générale qu'on veut lui donner, on peut remarquer que le mot « héritiers » deviendrait inutile. L'argument n'est donc pas très probant.

On a aussi invoqué l'article 1464 : « Les créanciers de la femme peuvent attaquer la renonciation qui aurait été faite par elle ou par ses héritiers en fraude de leurs créances et accepter la communauté de leur chef ». Cet article 1464 présente une analogie très remarquable avec l'article 788, et c'est à tort qu'on a voulu voir dans ces deux dispositions législatives une application de l'action indirecte ou de l'action paulienne et de l'action indirecte tout la fois. Lorsque les créanciers acceptent la communauté après avoir fait rescinder la renonciation de leur débitrice ils n'exercent pas son droit. Le droit de la femme n'existe plus ; elle a renoncé et sa renonciation est définitive. Les créanciers agissent donc en vertu d'un droit qui leur est

(1) Laurent, t. XVI, n° 427 et t. XXII, n° 368 ; Huc, t. V, n° 195, et t. IX, n° 289 (*Comment. théor. et prat.*) ; Paris, 31 mars 1853, S. 53.2.337. — En sens contraire : Aubry et Rau, t. V, § 517, note 6 ; Guillouard, *Contrat de mariage*, t. III, n° 1247 ; Mérignhac, *Traité du régime de la communauté*, t. I, n° 1705 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 609.

propre et nous sommes hors du domaine de l'article 1166. On a cru enfin trouver un argument à l'appui de la doctrine que nous combattons dans l'article 1446 du Code civil, qui permet aux créanciers de la femme « d'exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances au cas de faillite ou de déconfiture du mari ». Mais cette disposition législative est absolument étrangère à notre question. Il ne s'agit pas d'une acceptation ou d'une répudiation de la communauté qui subsiste. La femme n'a dans ce cas aucun droit d'option et il ne peut être question pour les créanciers d'exercer un droit qui n'appartient pas à leur débitrice.

Ces arguments de texte écartés, que reste-t-il ? On dit que les créanciers peuvent exercer ce droit d'option parce que c'est un droit pécuniaire qui a pour but de garantir l'intégrité du patrimoine de la femme. Mais c'est confondre le droit d'option lui-même avec les conséquences qu'il entraîne. Le droit d'option n'est ni pécuniaire ni moral. Il consiste dans un choix entre plusieurs partis à prendre et ne figure pas dans le droit de gage des créanciers.

d) *Des retraits.* — C'est surtout au sujet des retraits que la question s'est posée dans la pratique de savoir si un droit d'option peut être exercé par les créanciers en vertu de l'article 1166. La discussion a été vive en ce qui concerne le retrait d'indivision (1), et nous allons constater sur ce

(1) Rappelons en un mot en quoi consiste ce retrait : la femme est propriétaire d'une portion indivise d'immeuble. Le mari acquiert les portions indivises des consorts de la femme, et l'article 1408, al. 2, permet à celle-ci de laisser l'acquisition pour le compte de la communauté ou de retirer cette acquisition de la communauté pour se l'approprier sauf récompense.

point une divergence très marquée entre la jurisprudence et un parti important dans la doctrine.

Pour nous le doute n'est pas possible. Il s'agit pour la femme de faire un choix : elle peut laisser au compte de la communauté l'acquisition faite par le mari ou déclarer qu'elle prend pour son compte cette acquisition, c'est-à-dire exercer le retrait d'indivision. C'est bien là un droit d'option, l'exercice d'une pure faculté qui ne fait pas partie du gage des créanciers. Cette doctrine est suivie par la jurisprudence, et nous relevons dans un jugement du tribunal civil de Murat du 5 mai 1887 l'attendu suivant qui tranche la question d'une façon aussi nette que précise : « Attendu qu'il (le retrait d'indivision) est une faculté dont elle (la femme) peut à son choix user ou ne pas user et qui ne figure pas dans son patrimoine comme gage de ses créanciers. » C'est bien la doctrine que nous venons d'exposer, et ce jugement a été confirmé par la Cour de Riom le 12 décembre 1888 (1), la Cour adoptant les motifs des premiers juges.

La question n'en est pas moins vivement controversée dans la doctrine, et la majorité des auteurs reconnaissent aux créanciers de la femme le droit d'exercer le retrait. Un parti cependant, sans voir dans l'exercice du retrait une pure faculté, en refuse l'exercice aux créanciers. On invoque à l'appui de cette opinion la tradition. L'ancien droit coutumier refusait aux créanciers l'exercice du re-

(1) S. 91.2.85. Dans le même sens : Cass., 14 juillet 1834, S.34. 1.533 ; Riom, 10 février 1836, S. 36.2.186 ; Cass., 8 mars 1837, S. 37.1.331. Mais ces arrêts insistent moins sur cette idée que le droit de la femme est un droit d'option, hors du gage des créanciers. On peut aussi reprocher à la jurisprudence de qualifier de droit exclusivement personnel un droit qui n'est pas compris dans le domaine de l'article 1166.

trait lignager et du retrait successoral. C'était donc un caractère commun à tous les retraits et il doit en être de même aujourd'hui. On ajoute qu'il s'agit là d'une question toute personnelle à la femme et on ne peut admettre qu'un créancier puisse imposer à la femme une acquisition qu'elle n'a pas voulu faire et que son mari lui-même ne pourrait lui imposer. On remarque enfin que cette solution ne viole nullement les droits des créanciers et ne les dépouille pas de toute protection. En effet, si la femme exerce le retrait ou refuse de l'exercer en fraude de leurs droits, ils auront la ressource de l'action paulienne (1).

Dans l'opinion contraire on rejette l'argument tiré de la tradition. Tous les retraits ne sont pas régis par des règles communes parce qu'ils répondent à des besoins différents. Ainsi le retrait lignager avait pour but d'assurer la conservation des biens dans les familles, et il aurait manqué son but s'il avait été exercé par des créanciers qui n'auraient fait rentrer le bien dans le patrimoine de leur débiteur que pour le saisir et le vendre. De même le retrait successoral ne peut être exercé par les créanciers parce qu'il repose sur un fondement purement moral. Mais il doit en être autrement pour le retrait d'indivision qui a pour but de sauvegarder les intérêts pécuniaires de la femme. C'est un droit pécuniaire qui fait partie du gage des créanciers et qui ne peut être rangé parmi les droits exclusivement attachés à la personne (2).

(1) Troplong, *Contrat de mariage,* t. I, nos 677 et suiv. ; Larombière, t. II, sur l'art. 1166, no 14 ; Laurent, t. XVI, no 428 et Huc, t. IX, no 21, acceptent aussi cette doctrine mais la justifient en disant, ainsi que nous l'avons fait nous-même, que l'exercice du retrait constitue une pure faculté.

(2) Aubry et Rau, t. IV, § 318, texte et note 49 ; Demolombe,

Cette controverse devrait disparaître de notre droit. C'est à tort que l'on se demande si le droit conféré à la femme par l'article 1408, alinéa 2, est exclusivement personnel. En effet, avant de rechercher si ce droit figure dans l'exception, il faut savoir s'il est compris dans le domaine de la règle. Or il n'y est pas compris parce qu'il s'agit d'une option, d'une pure faculté.

La question a été beaucoup moins discutée pour les autres retraits et l'on s'accorde à reconnaître que le retrait successoral (1) et le retrait lignager (2) ne peuvent pas être exercés par les créanciers. Les auteurs invoquent d'ailleurs des motifs différents pour justifier ces solutions. La raison que nous en donnerons, c'est qu'il s'agit de droits d'option, donc de simples facultés.

Sans insister davantage arrivons à la vente avec faculté de rachat qui n'est, en somme, qu'un retrait conventionnel. Le vendeur jouit d'un droit d'option. Il peut pendant un certain délai, qui ne peut dépasser cinq ans, reprendre la chose vendue en remboursant le prix de vente, mais il peut aussi ne pas user de cette faculté et l'acheteur devient alors définitivement propriétaire.

La théorie que nous avons exposée et qui consiste à voir dans les droits d'option de pures facultés ne figurant pas dans le patrimoine du débiteur, conduirait logiquement à dire que les créanciers ne peuvent exercer le rachat

t. XXV, nos 90, 91 ; Guillouard, *Contrat de mariage*, t. II, n° 548 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.I, n° 610 ; Fuzier-Hermann, *Répert.*, V° *Communauté conjugale*, nos 682-684 et les autorités citées.

(1) En sens contraire cependant : Le Sellyer, *Success.*, t. III, n° 1348 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Success.*, t. II, n° 3393.

(2) En sens contraire : Desjardins, *Revue pratique*, t. 30, année 1870, p. 265, n° 99.

en vertu de l'article 1166 quand leur débiteur reste dans l'inaction (1).

Cependant tous les auteurs, et notamment MM. Laurent et Huc (2) qui ont si logiquement développé la théorie des facultés, sont unanimes à reconnaître que les créanciers peuvent exercer l'action en réméré au nom de leur débiteur. C'est aussi l'opinion de la jurisprudence (3). Si cette théorie peut paraître quelque peu illogique au point de vue théorique, elle peut se justifier par des considérations pratiques. En effet, il n'y aura jamais d'inconvénients à priver ici le débiteur de son droit d'appréciation personnelle, parce que l'exercice de la faculté de rachat sera toujours avantageux pour lui. C'est un fait certain qu'un bien vendu à réméré est toujours vendu au-dessous de sa valeur ; aussi le débiteur ne laissera expirer le délai fixé pour le rachat sans user de son droit que parce qu'il n'aura pas les fonds nécessaires pour rembourser son acheteur. Il est donc avantageux pour tous de permettre aux créanciers de se substituer au débiteur et d'exercer l'action en réméré, en avançant les fonds qu'ils récupèreront plus tard avec profit en saisissant le bien rentré dans le patrimoine du débiteur.

A l'appui de ces considérations pratiques on peut invoquer les travaux préparatoires. Nous avons déjà indiqué que le projet du Code civil de l'an VIII contenait un article qui déclarait le droit d'exercer le rachat exclusivement attaché à la personne du vendeur. Cet article n'a pas passé

(1) Périer, Thèse de doctorat, p. 147 en ce sens.

(2) Troplong, *Vente*, t. II, n° 503 ; Aubry et Rau, t. IV, p. 119 ; Demolombe, t. XXV, n° 54 ; Laurent, t. XVI, n° 383 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 608.

(3) Grenoble, 9 janvier 1858, S. 59.2.172 ; Poitiers, 4 décembre 1899, *Gaz. Pal.*, 1900.1.103.

dans le projet définitif, et ceci prouve bien que le législateur a entendu accorder aux créanciers du vendeur le droit d'exercer l'action en réméré. Il ne leur a pas d'ailleurs accordé cette faveur sans y apporter certaines restrictions, puisque l'article 1666 permet à l'acheteur à réméré d'opposer aux créanciers du vendeur le bénéfice de discussion. C'est là, du moins, l'interprétation que nous avons donnée de cette disposition législative, et c'est celle qui sauvegarde le mieux l'intérêt privé de l'acquéreur et l'intérêt général qui commande la stabilité du droit de propriété. En résumé, au principe général suivant lequel les droits d'option sont de pures facultés qui ne peuvent être exercées par les créanciers en vertu de l'article 1166, nous apporterons une exception basée sur des considérations d'utilité pratique et sur les textes du Code civil en ce qui concerne la faculté de rachat.

e) *Droits de réduction et de rachat d'une assurance sur la vie.*— Nous pourrions citer encore un grand nombre de cas où une personne jouit d'un droit d'option qui ne peut être exercé par ses créanciers (1), mais comme nous devons limiter notre énumération, nous nous contenterons de donner un dernier exemple emprunté à une matière qui n'est pas réglementée par le Code civil : l'assurance sur la vie. Tout assuré qui après un certain délai cesse de payer les

(1) V. par exemple à propos du droit d'option conféré par l'article 1084 du Code civil au bénéficiaire d'une donation cumulative de biens présents et à venir, un jugement du tribunal civil de Périgueux du 12 novembre 1888 (*Gaz. Pal.*, 89.1.261), dont les attendus sont remarquables : « Attendu que le droit d'option conféré au donataire par le dit article constitue une prérogative dont l'usage est abondonné à sa propre inspiration,aux suggestions de sa volonté ; attendu qu'admettre un tiers à l'exercer à sa place, ce serait porter atteinte à la liberté de choix qui lui a été formellement réservée par la loi ».

primes ainsi qu'il a le droit de le faire, n'est pas dépouillé de tout droit vis-à-vis de son assureur. Il en est ainsi parce que les primes payées représentent plus que le risque couru. En effet, régulièrement, le montant de la prime devrait varier avec la gravité du risque couru, mais pour ne pas demander des sommes minimes au début de l'assurance et des sommes excessives à la fin, on a pris l'habitude d'égaliser les primes. Au début l'assuré paiera en réalité plus qu'il ne doit, et à la fin il paiera une somme inférieure à celle qui correspond au risque couru. Il en résulte que lorsque l'assuré rompt son contrat, l'assureur a encaissé plus qu'il ne lui est dû, et il s'agit de savoir ce que va devenir cette somme supplémentaire que l'on désigne sous le nom de *réserve* pendant la durée de l'assurance, et sous le nom de *valeur de rachat* après la rupture du contrat. Les compagnies offrent aux assurés le choix entre deux parties : ils peuvent demander le remboursement de la valeur de rachat ou la réduction de l'assurance. En ce dernier cas, l'assuré laissera le solde créditeur de son compte à l'assureur et continuera l'assurance qui sera réduite à un capital plus faible.

Ce choix entre la réduction et le rachat est un véritable droit d'option, une pure faculté qui est en dehors du patrimoine du débiteur et qui ne peut être exercée par les créanciers en vertu de l'article 1166 du Code civil. « Il y a, dit M. Lefort, un choix à faire, une option à exercer. L'assuré est seul en mesure de faire ce choix, d'exercer une option. Il n'y a que lui réellement en état d'apprécier s'il doit laisser le contrat suivre son cours pour un capital moindre que celui primitivement fixé par la police ou si au contraire il n'est pas de son intérêt de réclamer pour lui-même la valeur de rachat. Or il est de doctrine cons-

tante que les créanciers ne peuvent rien pour ce qui est d'une simple faculté parce que ce n'est pas un droit, parce qu'il s'agit d'une éventualité dont la réalisation dépend de la seule volonté de l'assuré débiteur (1). »

On peut ajouter, et la remarque a été déjà faite et s'applique à la plupart des droits d'option, que les créanciers ne pourront opter à la place de leur débiteur parce que celui-ci ne restera jamais réellement dans l'inaction. Admettons qu'il garde le silence. Ce silence sera interprété dans le sens d'une demande en réduction. Les compagnies d'assurances offrent en effet en première ligne aux assurés qui cessent le paiement des primes, la réduction de l'assurance, et subsidiairement seulement le remboursement de la valeur de rachat, cette opération étant moins avantageuse pour elles. Il est donc permis de dire dans cette hypothèse que ne pas agir c'est encore agir, et que jamais le débiteur ne restera réellement dans l'inaction. Son option, pour être tacite, n'en sera pas moins une option.

Il y a d'autant plus lieu de se prononcer ainsi que nous venons de le faire, parce que si l'on examine en eux-mêmes soit le droit de réduction, soit le droit de rachat, on est obligé de reconnaître que chacun de ces droits ne peut être exercé par les créanciers soit de l'assuré, soit du bénéficiaire de l'assurance en vertu de l'article 1166.

L'exercice du droit de réduction ou du droit de rachat donne en effet naissance à un contrat nouveau, et nous avons déjà indiqué que l'article 1166 n'avait pas pour but

(1) Lefort, *Traité théorique et pratique du contrat d'assurance sur la vie*, t. III, p. 34 et suiv. ; Dupuich, note D. 1895.2.153 ; Lefort, « De l'exercice du droit de rachat d'une assurance sur la vie par les créanciers de l'assuré », *Recueil périodique des assurances*, année 1888, p. 209 à 215.

de permettre aux créanciers de passer des actes juridiques à la place de leur débiteur. Que l'assurance réduite constitue une assurance nouvelle distincte de l'assurance primitive, établie sur de nouvelles bases, c'est ce que personne ne conteste. Nous croyons qu'il en est de même du rachat.

Le rachat est un contrat nouveau distinct de l'assurance. Cela est tellement vrai, que la police qui confère à l'assuré un tel droit n'en détermine pas les conditions d'exercice et qu'un accord postérieur est nécessaire à cet effet. D'ailleurs, si l'on refuse de voir dans le rachat un contrat nouveau, on est bien forcé de convenir qu'il aboutit à la résiliation du contrat d'assurance, et comme le dit fort justement le tribunal civil de Genève dans une décision du 29 octobre 1886, « l'article 1166 ne saurait donner au créancier le droit d'obliger son débiteur à résilier un contrat auquel il tient et qui peut lui être avantageux, afin de le rendre créancier d'une indemnité qu'il pourrait saisir à son profit ».

Si maintenant on se place au point de l'intérêt général, on doit reconnaître que la doctrine que nous venons d'exposer est seule compatible avec le rôle social que remplit l'assurance sur la vie. Lorsqu'un père de famille, au prix des plus dures privations, a réussi a contracté une assurance pour assurer quelques ressources à sa famille après sa mort, on ne peut permettre aux créanciers d'intervenir pour rompre ce contrat. Ainsi, quel que soit le point de vue auquel on se place, au point de vue juridique comme au point de vue économique, il faut décider que les créanciers ne peuvent exercer le droit d'option entre la réduction et le rachat d'une assurance sur la vie contractée par leur débiteur.

C'est en ce sens que la jurisprudence tend à s'établir, mais il y a eu quelques hésitations. Il est à souhaiter que la Cour de cassation qui n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question les fasse bientôt cesser (1).

Nous avons ainsi terminé l'étude des droits d'option, et si notre énumération est loin d'être complète elle suffira du moins, nous l'espérons, à justifier ce principe que nous avons posé et suivant lequel les créanciers ne peuvent en règle générale exercer les droits d'option qui compètent à leur débiteur.

Le travail d'élimination que nous venons de faire nous permet d'exclure du domaine de la règle posée par l'article 1166 du Code civil, les droits extra-patrimoniaux, tels que les droits de famille, les droits qui reposent sur un fondement purement moral, les simples facultés et les droits d'option. Seuls les droits patrimoniaux, c'est-à-dire les droits dont le fondement sera pécuniaire seront compris dans cette règle. Et encore devons-nous faire une réserve pour le droit d'usufruit. Ce droit constitue bien, il est vrai, un droit pécuniaire, mais les créanciers n'auront pas le droit de l'exercer en vertu de l'article 1166 parce qu'ils n'y auront jamais intérêt. En effet, nous avons vu que le but de l'action indirecte était de permettre aux créanciers de saisir un élément actif du patrimoine de leur débiteur. C'est un moyen qui leur est donné par le législateur pour arriver à la saisie ; or ce moyen est ici inutile

(1) Dans le sens de la doctrine que nous avons exposée : Rouen, 18 janvier 1884, S. 86.2.225 et la note de M. Lyon-Caen ; Trib. civ., Genève, 29 octobre 1886, en note : D.95.2.153 ; Quimper, 2 mai 1893, D.95.2.153 et la note de M. Dupuich. — Mais en sens contraire : Trib. civ. Lille, 15 novembre 1886, confirmé par la Cour de Douai 28 mars 1887, *Rec. period. des ass.*, année 1888, p. 200 ; Paris, 13 novembre 1890, *Rec. period.*, année 1890, p. 246.

puisque le droit d'usufruit peut être l'objet d'une saisie ainsi que nous l'indique l'article 2204-2° du Code civil. La formule à laquelle nous arrivons est donc celle-ci : *Peuvent être exercés par les créanciers tous les droits patrimoniaux qui sont susceptibles d'être saisis.*

SECTION II. — **Des droits compris dans la règle posée par l'article 1166.**

Le principe posé nous devons le développer, mais il nous serait impossible de citer tous les droits pécuniaires qui peuvent être exercés par les créanciers en vertu de l'article 1166. Contentons-nous donc de donner quelques exemples et d'insister surtout à propos des droits dont le caractère patrimonial a été contesté.

En déterminant le domaine de la règle, nous avons déjà énuméré un certain nombre de droits qui peuvent être exercés par les créanciers. C'est ainsi que nous avons examiné toute une catégorie de droits ; les droits moraux à conséquences pécuniaires qui restent en dehors du patrimoine du débiteur à raison de leur fondement moral, mais deviennent partie intégrante de ce patrimoine dès qu'ils ont été exercés par le débiteur. Ainsi les actions en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, en dommages-intérêts à raison d'une atteinte portée à la personne, en déclaration d'indignité ont pour but de procurer au débiteur une satisfaction morale, mais du jour où celui-ci les a exercées elles deviennent un élément actif du gage des créanciers.

Mais le plus souvent le droit naîtra avec sa nature de droit pécuniaire et sera compris *ab initio* dans le domaine de la règle. Ainsi pourront être exercées par les créanciers

l'action en révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges (1), l'action en dommages-intérêts à raison d'un délit ou quasi-délit commis contre le patrimoine du débiteur (2), l'action en indemnité à raison d'une assurance contre l'incendie (3), ou d'une assurance collective contre les accidents (4), l'action en rescision d'une vente pour cause de lésion (5), l'action en pétition d'hérédité quand elle n'est pas compliquée de question d'État, l'action en répétition de l'indû (6), l'action en résolution d'une vente fondée sur l'article 1645 du Code civil (7), l'action en partage (8) (arg. art. 2205), l'action en reddition d'un compte de tutelle (9). Si du droit civil nous passons à la procédure civile, nous pourrons encore citer de nombreuses applications du principe posé par l'article 1166. C'est ainsi que les créanciers peuvent exercer toutes les voies de recours qui appartiennent à leur débiteur (10). Ils peuvent former opposition (11) à un juge-

(1) Grenoble, 28 juillet 1862, D.62.2.205 ; Fuzier-Herman, *Codes annotés*, sur l'art. 954.

(2) Bastia, 15 mars 1866, S. 66.2.176.

(3) Besançon, 18 mars 1887, D. 88.2.91.

(4) Rennes, 22 mars 1887, D. 88.2.224 ; Paris, 22 juillet 1897, D. 98.2.94.

(5) Fuzier-Herman, *Répertoire*, V° *Créancier*, n° 139.

(6) Cass., 6 novembre 1871, S.71.1.188 ; Cass., 13 février 1872, S. 72.1.17.

(7) Trib. civ. Seine, 4 juillet 1901, *Gaz. Pal.*, 1901.2.285.

(8) Cass., 30 mai 1877, D. 78.1.109 ; Agen, 28 janvier 1896, D. 97. 2.417 et la note de M. de Loynes ; Trib. civ. Seine, 3 décembre 1897, *Le Droit*, 2 février 1898.

(9) Trib. civ. Nantes, 27 mai 1895, *Gaz. Pal.*, 1896.2.275.

(10) Demolombe, t. XXV, n° 54 ; Larombière, t. II, sur l'art. 1166, n° 20 ; Huc, t. VII, n° 203.

(11) Cass., 8 février 1812, S. chr.

ment de défaut, faire appel (1) d'un jugement qui condamne leur débiteur et l'on ne peut invoquer à l'encontre de cette solution l'adage : « Nul ne plaide en France par procureur ». Le créancier ne se présente pas comme le mandataire de son débiteur, mais bien comme usant du droit que lui confère l'article 1166 et il suffit qu'il indique dans l'acte d'appel en quelle qualité il agit. Les créanciers peuvent de même se pourvoir en cassation (2) quand leur débiteur néglige de le faire.

La jurisprudence reconnaît encore aux créanciers le droit d'opposer la péremption d'un jugement de défaut rendu contre leur débiteur (3), de produire dans un ordre (4), et de se présenter dans les distributions par contribution.

En matière commerciale les tribunaux font aussi de nombreuses applications du principe posé par l'article 1166, mais nous arrêtons là cette énumération pour nous occuper des droits dont on a contesté le fondement pécuniaire. C'est surtout à propos des actions en nullité que l'on a discuté la question.

C'est ainsi qu'on a contesté autrefois aux créanciers le droit de demander la nullité d'une convention passée par leur débiteur quand le consentement de celui-ci était entaché de violence, erreur ou dol. La doctrine et la jurisprudence sont d'ailleurs unanimes aujourd'hui à recon-

(1) Montpellier, 15 mars 1895, *Gaz. Pal.*, 95.1.678.

(2) Cass., 8 février 1881, S. 86.1.351 ; Cass., 3 mars 1890, *Pand. franç.*, 90.1.248.

(3) Nancy, 19 février 1890, D. 91.3.283.

(4) Lyon, 6 février 1890, D. 91.2.377 et Douai, 6 mars 1891, D.91.2.363. Mais il faut plutôt voir dans la production à un ordre l'exercice d'un acte conservatoire qu'une application de l'art. 1166. En ce sens : Labbé, *Rev. crit.*, t. IX, p. 223, n° 28.

naître que ces actions en nullité sont comprises dans le domaine de l'article 1166, et il faut remonter à Toullier qui soutenait l'opinion contraire (1) pour trouver l'origine de cette controverse. Cet auteur invoquait à l'appui de sa doctrine un argument d'analogie tiré de l'article 180 du Code civil, suivant lequel « le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux ne peut être attaqué que par les époux ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre ». Il ajoutait que celui-là seul qui a consenti est à même de savoir si son consentement a été libre ou s'il a été surpris par erreur, violence ou dol. Ces arguments ont été trop souvent réfutés pour que nous insistions longuement. Il faut rejeter l'argument d'analogie tiré de l'article 180, car il n'y a rien de commun entre une action en nullité du mariage, action extra-patrimoniale, et l'action en nullité d'un contrat purement pécuniaire. Quant au second argument, il repose sur une confusion et consiste à conclure de la difficulté de la preuve à l'impossibilité de prouver et d'exercer le droit. Merlin avait déjà fort justement répondu à Toullier : « Le droit de prouver subsiste malgré la difficulté de la preuve ». Si on laisse de côté ces objections, on est bien obligé de reconnaître que l'action en nullité d'une convention tend seulement à faire obtenir au contractant la réparation du préjudice que lui cause ce contrat. L'action repose donc bien sur un fondement pécuniaire et peut être exercée par les créanciers (2).

C'est à tort également qu'on a quelquefois refusé aux

(1) Toullier, t. VII, n° 566.

(2) Merlin, *Questions de droit*, V° *Hypothèques*, § IV, n° 4 ; Larombière, t. II, sur l'art. 1166, n° 15 ; Demolombe, t. XXV, n° 88 ; Laurent, t. XVI, n° 422 ; Huc, t. VII, n° 202, etc.

créanciers l'exercice d'une action en nullité basée sur l'incapacité du débiteur. Ainsi un mineur, un interdit, une femme mariée agissent sans être représentés ou assistés conformément à la loi. Les contrats qu'ils passeront seront annulables et la question se pose de savoir si leurs créanciers pourront se prévaloir de cette nullité. Toullier leur refusait ce droit et sa doctrine avait rallié quelques suffrages et inspiré quelques arrêts (1).

Il remarquait en ce sens que les exceptions basées sur l'incapacité d'un contractant figurent parmi celles que les articles 1202, 2012 et 2036 qualifient d'exceptions purement personnelles et qui ne peuvent être invoquées ni par les codébiteurs solidaires, ni par les cautions. Or il y aurait quelque subtilité à prétendre que les droits « exclusivement attachés à la personne » et les droits « purement personnels » ne présentent pas les mêmes caractères. Il est facile de répondre que ces expressions ont un sens assez vague et assez indéterminé et qui varie suivant qu'elles sont employées dans telle ou telle disposition législative. Ce sont là des formules qu'il faut interpréter *secundum subjectam materiam*. On comprend fort bien que les débiteurs solidaires et les cautions ne puissent se prévaloir d'une exception basée sur l'incapacité, puisque ce sera précisément pour se garantir contre l'incapacité de son débiteur que le créancier exigera l'engagement d'une caution ou d'un second débiteur solidaire. Sa situation est donc très différente de celle du créancier qui intente une action en nullité, en vertu de l'article 1166.

C'est à tort aussi que Toullier invoquait à l'appui de sa doctrine l'article 225 du Code civil. Cet article, il est vrai,

(1) Toullier, t. VII, n° 766 ; Chardon, *Puissance maritale*, n° 130 ; Grenoble, 2 août 1827, S. 28.2.186 ; Cass., 6 mars 1878. D. 78.1.316.

déclare que la nullité fondée sur le défaut d'autorisation maritale, ne peut être opposée que par la femme, le mari, leurs héritiers, et semble exclure les créanciers des époux. Mais cette exclusion n'est qu'apparente. Le but de l'article 225 comme celui de l'article 1125, est simplement d'indiquer que l'action en nullité n'appartient qu'à l'incapable et à ses ayants cause, non aux parties qui ont contracté avec lui. Aussi la théorie de Toullier est aujourd'hui abandonnée et la doctrine et la jurisprudence reconnaissent aux créanciers de l'incapable le droit d'exercer l'action en nullité, en vertu de l'article 1166 (1). Toutefois certains auteurs font une distinction (2) en ce qui concerne l'action en nullité, à raison du défaut d'autorisation maritale, quand elle est exercée par les créanciers du mari. Ceux-ci ne pourraient pas l'exercer pendant la durée du mariage, parce que l'action repose sur un fondement essentiellement moral. Il s'agit pour le mari de se venger d'une atteinte portée à son autorité maritale méconnue par la femme. Nous rejetons cette distinction (3). On pourrrait l'admettre si l'action en nullité avait pour but unique d'assurer le respect de l'autorité maritale ; les créanciers ne pourraient alors l'intenter parce qu'ils n'y auraient aucun intérêt. Mais l'action en nullité aura le plus souvent pour but de protéger les intérêts pécuniaires de

(1) Merlin, *Questions de droit*, V° *Hypothèques*, § 4, n°s 4 et 5 ; Larombière, t. II, sur l'art. 1166, n° 15 ; Demolombe, t. XXV, n° 86 ; Laurent, t. XVI, n° 420 ; Huc, t. VII, n° 203 ; Planiol, t. II, n° 304 ; Cass., 25 avril 1853, D. 53.1.160 ; Paris, 14 novembre 1887, D. 88. 2.225 et la note.

(2) Laurent, t. III, n° 163 ; Huc, *Comment.*, t. II, n° 278 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 616.

(3) Aubry et Rau, t. V, n° 472, notes 103 et 104 ; Demolombe, t. XXV, n° 86.

la femme. C'est donc bien une action patrimoniale faisant partie du gage des créanciers.

L'exercice des actions en nullité par les créanciers a surtout donné lieu à des difficultés quand il s'agit de demander la nullité de l'aliénation d'un immeuble dotal. Supposons donc qu'un immeuble dotal ait été vendu dans des conditions telles que la vente soit annulable, et voyons quels sont les droits des créanciers du mari ainsi que des créanciers de la femme.

Les créanciers du mari, on est d'accord sur ce point, ne peuvent pas demander la nullité de l'aliénation en vertu de l'article 1166. Le mari qui vend un immeuble dotal n'agit pas dans son intérêt mais dans l'intérêt de sa femme, comme administrateur des biens dotaux et les créanciers ne peuvent s'ingérer dans cette administration (1).

En ce qui concerne les créanciers de la femme la question est plus douteuse. Remarquons tout d'abord, qu'elle ne peut se poser que pour les créanciers antérieurs à la célébration du mariage ou postérieurs à sa dissolution. Quant à ceux envers lesquels la femme s'est obligée pendant la durée du mariage ils n'ont aucun intérêt à faire rentrer dans le patrimoine de leur débitrice un bien qu'ils ne pourront pas saisir. La question est donc de savoir si les créanciers qui peuvent saisir les biens dotaux peuvent faire annuler la vente d'un bien dotal. La question est vivement controversée. La jurisprudence jusqu'en 1889 distinguait entre les créanciers hypothécaires et chirographaires. Elle reconnaissait aux premiers le droit de deman-

(1) Guillouard, *Contr. de mar.*, t. IV, n° 1887 ; Huc, *Comment.*, t. IX, n° 487 ; Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *Contr. de mar.*, t. III, n° 17981 ; Lacoste, note, S. 91.2.233 ; Cass., 13 avril 1893, S. 95.1.218.

der la nullité de l'aliénation parce qu'ils jouissent d'un droit réel qui leur permet de suivre leur gage entre les mains d'un tiers. Elle refusait au contraire l'exercice de l'action aux créanciers chirographaires. Les autoriser à agir ce serait leur donner un droit de suite sur les immeubles dotaux (1).

Il y a là une confusion, et l'argument invoqué paraît inspiré par cette idée erronée qui consiste à voir dans l'article 1166 une véritable saisie. Le créancier aurait besoin d'un droit de suite s'il voulait saisir l'immeuble qui se trouve entre les mains du tiers détenteur. Mais tel n'est pas son but. Il n'intente l'action en nullité en vertu de l'article 1166 que pour faire rentrer l'immeuble dotal dans le patrimoine de sa débitrice, et ce n'est que lorsque ce bien figurera dans ce patrimoine qu'il le saisira.

Pour justifier cette doctrine on a encore dit que l'action en nullité de l'aliénation n'existait que dans l'intérêt de la femme et de sa famille, mais non dans l'intérêt des créanciers. « C'est pour assurer des ressources extrêmes à la famille, dit Troplong (2), qu'on a autorisé cette rescision du contrat de vente. » Il est certain que l'action en nullité existe dans l'intérêt de la femme, mais on ne peut en conclure que les créanciers ne puissent l'exercer. Les actions en nullité basées sur l'incapacité existent bien aussi dans l'intérêt des incapables, et nous avons vu cependant que les créanciers pouvaient les exercer en vertu de l'article 1166. Et il est inexact de dire qu'en autorisant les créanciers à intenter l'action en nullité on détourne cette action de son

(1) Cass., 27 mai 1851, S. 51.1.385 ; Toulouse, 26 février 1855, S. 55.2.611 ; Cass., 18 juillet 1859, S. 60.1.432.

(2) Troplong, *Contr. de mar.*, t. IV, n° 3519 ; Aubry et Rau, t. V, § 537, p. 563.

but qui est d'assurer des ressources à la famille. En effet, qu'arrivera-t-il si on refuse l'action aux créanciers ? La femme l'intentera ou restera dans l'inaction. Si elle l'intente, l'immeuble dotal rentrera dans son patrimoine mais il pourra être saisi par les créanciers ; il n'y rentrera donc que pour en sortir à nouveau et ne procurera aucune ressource à la famille. Si la femme reste dans l'inaction, il est bien certain que la famille ne profitera pas davantage de ce bien.

Nous croyons donc que les créanciers de la femme qui ont action sur les biens dotaux peuvent exercer l'action en nullité d'une aliénation d'un bien dotal, en vertu de l'article 1166. Cette action repose sur un fondement pécuniaire, et il n'y a aucune raison pour leur en refuser l'exercice (1).

Pour terminer cet examen des droits qui sont compris dans le domaine de la règle de l'article 1166 nous voulons dire un mot sur la question suivante : la faculté conférée aux créanciers par l'article 1166 est-elle, elle-même, comprise dans le domaine de la règle ? Ainsi Primus est créancier de Secundus qui l'est de Tertius qui l'est lui-même de Quartus. Primus pourra-t-il agir contre Quartus par l'action indirecte. La question est délicate et elle n'est pas sans application pratique : elle est de nature à se présenter assez fréquemment en matière de cession de bail ou de sous-location. Ainsi Primus, propriétaire d'un immeuble le loue à Secundus qui sous-loue ou cède son bail à Quartus et Quartus à Quintus. Nous laissons de

(1) Larombière, t. II, sur l'art. 1166, n° 12 ; Colmet de Santerre, t. VI, n° 232 *bis* ; Demolombe, t. XXV, n° 87 ; Guillouard, *Contr. de mar.*, t. IV, n° 1889 ; Huc, t. IX, n° 487 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n^{os} 617 et 618 ; Bordeaux, 26 novembre 1889, S.91.2.233 et la note conforme de M. Lacoste.

côté la question de savoir si ces sous-locations ou cessions successives peuvent engendrer des actions directes contre les cessionnaires successifs, pour ne raisonner que sur l'action oblique. La jurisprudence décide que le créancier ne peut poursuivre le tiers qui est débiteur du débiteur de son débiteur, par l'action indirecte, et elle a fait une application de cette doctrine au bailleur en matière de sous-locations ou cessions successives (1). Le bailleur ne peut poursuivre par l'action indirecte que le premier des cessionnaires intermédiaires, et cela est d'autant plus regrettable que la jurisprudence n'accorde au bailleur une action directe que contre le preneur immédiat et contre le cessionnaire en jouissance au moment où l'action est intentée.

Dans la doctrine, l'opinion contraire paraît cependant triompher. Elle a été admise par M. Labbé dans son article de la *Revue critique* : « Des privilèges spéciaux sur les créances » (2). « Les recours, dit-il, se répercutent ; ils naissent comme des contre-coups successifs à la suite du premier choc. Tous doivent servir à la satisfaction du premier bailleur. Le bailleur est créancier de son locataire direct, lequel est créancier du premier cessionnaire et ainsi de suite jusqu'à celui qui occupe les lieux ; il agit de son chef contre son preneur immédiat, du chef de celui-ci contre le preneur cessionnaire, du chef des deux précé-

(1) Lyon, 30 juin 1887, S. 89.2.181. Dans le même sens : Huc, *Traité de la cession...*, t. I, n° 90 ; Yver, *Des sous-locations et cessions de baux*, thèse de doctorat, p. 157.

(2) *Rev. crit.*, 1876, p. 666-667. Dans le même sens : Guillouard, *Rev. crit.*, 1882, *De la sous-location et de la cession de bail*, p. 208 ; Bezin, thèse de doctorat, *Essai sur la nature juridique de quelques actions dites indirectes*, précitée, n° 120 ; Brugnon, thèse de doctorat, *De la sous-location et de la cession de bail*, p. 122-124.

dents contre le second cessionnaire.... etc. Le propriétaire bailleur a la faculté de suivre la chaîne jusqu'à son dernier anneau. »

La question que nous étudions offre aussi de l'intérêt à propos de la saisie-arrêt. Nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence admettent qu'un créancier peut en exerçant les droits de son débiteur faire une saisie-arrêt entre les mains du débiteur de son débiteur. La question se pose maintenant de savoir si la saisie-arrêt doit être limitée à quatre personnes et si l'on ne pourra en augmenter le nombre. Voici comment M. Huc pose le problème : « Soit une série indéfinie de personnes débitrices l'une de l'autre. Le créancier de l'une d'elles, Primus par exemple, exerçant les droits et actions de son débiteur considéré comme ayant le droit d'exercer les actions de Secundus, considéré à son tour comme pouvant exercer les actions de Tertius lequel pourrait exercer les actions de Quartus et ainsi de suite,..., pourrait-il faire une saisie-arrêt entre les mains de Decimus ou tout autre individu plus éloigné (1) ? » Et cet auteur tranche la question négativement.

Nous avons montré l'intérêt de la question, et nous devons rechercher maintenant comment on a pu soutenir que le droit accordé aux créanciers d'exercer les actions de leur débiteur devait être exclu du domaine de la règle posée par l'article 1166. M. Huc qui est partisan de cette opinion déclare que : « le genre d'exécution autorisé par l'article 1166 constitue une pure faculté se traduisant par un acte d'administration » (2), et il en conclut que les créanciers ne peuvent pas y recourir quand leur débiteur reste dans l'inaction.

(1) Huc, *Comment. théor. et prat.*, t. VII, n° 192.
(2) Huc, t. VII, n° 193.

Cette opinion ne nous paraît pas exacte. Elle est basée sur ce que l'article 1166 constitue une voie d'exécution, une saisie *sui generis*, une saisie des actions (1). Nous avons démontré que cette conception était erronée. L'article 1166 a simplement pour but d'autoriser les créanciers à exercer les actions de leur débiteur, et si l'exercice d'une action contre un tiers devait être considéré comme une pure faculté, comme un simple acte d'administration en dehors du domaine de l'article 1166, cette disposition législative n'aurait plus aucun sens, aucune portée. Le droit que l'article 1166 accorde aux créanciers est un droit exclusivement pécuniaire qui fait partie de leur patrimoine et peut être exercé par leurs propres créanciers.

Nous avons ainsi délimité le domaine de la règle de l'article 1166 et posé en principe qu'elle comprenait tous les droits pécuniaires qui ne sont pas susceptibles de saisie. Nous devons maintenant établir le domaine de l'exception, c'est-à-dire rechercher quels sont les droits pécuniaires que les créanciers ne peuvent exercer. Ce sont ces droits que nous appellerons « droits exclusivement attachés à la personne ».

(1) M. Huc admet en effet que les créanciers ne peuvent user en vertu de l'article 1166 des voies d'exécution dont dispose leur débiteur parce que ce sont des actes d'administration (*Comment. théor. et prat.*, t. VII, n° 191 et *Traité de la cession*, t. I, n° 88.— Comp. Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, t. IV, question 1929 *bis*, p. 566). Mais alors même qu'on admettrait cette opinion, il n'en résulterait pas que les créanciers ne peuvent user de la faculté d'exercer les actions de leur débiteur, parce que cette faculté n'est pas une saisie.

SECTION III. — Domaine de l'exception. — Des droits exclusivement attachés à la personne du débiteur.

Il n'y aura aucune difficulté lorsqu'on se trouvera en présence d'une disposition législative formelle. C'est ainsi que l'article 1446 du Code civil interdit aux créanciers personnels d'une femme mariée de demander la séparation de biens sans le consentement de leur débitrice. Sans cette disposition législative, il aurait fallu adopter l'opinion contraire, car le droit de demander la séparation de biens est un droit exclusivement pécuniaire. Le législateur n'en a décidé autrement que pour sauvegarder l'avenir et la paix du ménage. Si le législateur avait toujours procédé ainsi il n'y aurait aucune difficulté pour déterminer quels sont les droits exclusivement personnels, mais il n'en a rien fait, et à défaut de texte il faut faire appel aux principes.

Les principes généraux du droit nous permettent de classer dans l'exception apportée par le législateur au principe posé par l'article 1166 les droits incessibles et insaisissables. Les créanciers, en effet, n'exercent les actions de leur débiteur que pour saisir et faire vendre les éléments actifs qu'ils feront entrer ou rentrer dans son patrimoine. Ils n'ont donc aucun intérêt à agir quand il s'agit d'un droit qui ne peut être ni cédé ni saisi.

Nous pouvons donc classer parmi les droits exclusivement personnels les droits d'usage et d'habitation. Les articles 631 et 634 du Code civil déclarent en effet que ces droits ne peuvent être ni cédés, ni loués.

En ce qui concerne les créances alimentaires, leur incessibilité a été discutée en doctrine et en jurisprudence. Il

faut d'abord mettre à part le cas où la créance alimentaire a pour objet des prestations en nature (nourriture, logement, vêtements). Il est évident que dans ce cas et à raison même du mode d'exécution de l'obligation les créanciers de l'alimentaire ne peuvent exercer son droit. Mais si on suppose que l'exécution de l'obligation consiste dans le paiement d'une somme d'argent, il s'agit de savoir si la nature du droit s'oppose à ce que les créanciers de l'alimentaire puissent l'exercer. Nous distinguerons suivant que la créance alimentaire a sa source dans une disposition législative, ou dans une donation ou un legs.

L'incessibilité des créances alimentaires légales est admise par certains auteurs (1). Pour en régler le montant, il faut en effet tenir compte d'une part des besoins de l'alimentaire et, d'autre part des ressources de celui qui doit les aliments, et cela même exclut la possibilité d'une cession. D'autres auteurs (2) font des distinctions, mais alors même qu'on refuserait aux créances alimentaires légales le caractère d'incessibilité, il faut y voir des droits exclusivement attachés à la personne car elles sont insaisissables en vertu de l'article 581-2° du Code de procédure civile, sauf pour cause d'aliments (art. 582).

Quant aux créances alimentaires qui trouvent leur fondement dans une libéralité, donation ou legs, on reconnaît en général qu'elles ne sont pas incessibles mais elles sont insaisissables (art. 582-2°, C. proc. civ.), et cela suffit pour en faire des droits exclusivement attachés à la personne du débiteur.

Il faut aussi faire rentrer dans l'exception les actions en restitution relatives aux objets mobiliers énumérés dans

(1) Laurent, t. XXIV, n° 469 ; Paris, 11 mai 1892, D. 92.2.339.
(2) Larombière, t. II, sur l'art. 1166, n° 10.

l'article 592 du Code de procédure civile. Les créanciers n'ont aucun intérêt à faire rentrer ces objets dans le patrimoine de leur débiteur puisqu'ils ne peuvent les saisir (1).

Nous en dirons autant du droit au deuil que les articles 1570 et 1481 du Code civil accordent à la femme veuve. Ce droit est certainement insaisissable : permettre aux créanciers de l'exercer ce serait aller à l'encontre de la volonté du législateur qui a voulu que la veuve pût toujours honorer la mémoire de son époux. On peut aussi comprendre le droit au deuil parmi les provisions alimentaires que l'article 581-2° du Code de procédure civile déclare insaisissables.

Le droit de jouissance légale que l'article 384 du Code civil reconnaît au père durant le mariage et au survivant des père et mère après sa dissolution sur les biens de leurs enfants, est aussi un droit incessible et insaisissable comme la puissance paternelle elle-même dont il n'est qu'un attribut (2).

Le droit de présentation qui appartient à tout titulaire d'un office ministériel doit être aussi classé parmi les droits exclusivement personnels ; la question a été autrefois discutée, et quelques arrêts (3) avaient accordé aux créanciers d'un officier ministériel l'exercice du droit de présentation. L'article 91 de cette loi est ainsi conçu : « Il sera statué par une loi particulière sur l'exécution de cette

(1) Huc, *Comment.*, t. VII, n° 207.

(2) Aubry et Rau, t. VI, § 550 et note 5 ; Demolombe, t. VI, n° 527; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 606 ; Bordeaux, 21 février 1893, D. 93.2.361. — *Contrà* : Laurent, t. IV, n° 328.

(3) Paris, 17 novembre 1838, S. 38.2.465 ; Paris, 23 novembre 1852, S. 52.2.632.

disposition et sur les moyens d'en faire jouir les héritiers et les ayants cause des dits officiers. » Cette loi particulière n'a jamais été faite, mais l'usage s'est établi de permettre aux héritiers des officiers ministériels d'exercer le droit de présentation et de la transmissibilité du droit de présentation, on a voulu conclure que ce droit pouvait être exercé par les créanciers, en vertu de l'article 1166. Cette doctrine était dangereuse, parce qu'elle marquait un retour au régime de la vénalité des charges. Elle n'était pas non plus basée sur un argument bien sérieux, car il y a des droits transmissibles aux héritiers qui ne peuvent être exercés par les créanciers. Le domaine de la transmissibilité est plus étendu que le domaine de l'article 1166.

Aussi cette doctrine a été rejetée par un arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 1854 (1) qui a déclaré que le droit de présentation était incessible et ne pouvait par conséquent être exercé par les créanciers. Ce droit est incessible parce qu'il constitue entre les mains du titulaire de l'office une délégation de la puissance publique, et parce que la société est intéressée à ce que ce droit ne puisse être exercé que par ceux à qui elle a témoigné sa confiance.

On pourrait multiplier les exemples de droits insaisissables, car l'insaisissabilité occupe une place importante dans notre législation. Tantôt elle est fondée sur une idée d'humanité : c'est ainsi que la loi déclare insaisissables les objets nécessaires à la vie du débiteur, énumérés par l'article 592 du Code de procédure civile, les salaires des ouvriers ou gens de service au moins dans une certaine mesure (2), les rentes dues aux ouvriers victimes des acci-

(1) D. 54.1.170 et le rapport de M. le conseiller Laborie.
(2) Loi, 12 janvier 1895.

dents du travail (1), les pensions civiles (2) et militaires (3). Tantôt, au contraire, l'insaisissabilité repose sur une pensée intéressée de la part de l'Etat : ainsi les traitements des fonctionnaires publics sont insaisissables dans une certaine mesure (4) ; les rentes sur l'Etat ne peuvent être saisies (5). Tantôt enfin, l'insaisissabilité apparaît comme le corollaire de l'incessibilité ou de l'inaliénabilité.

Il y a de même une étroite corrélation entre le domaine de la notion de saisissabilité et le domaine de la règle posée par l'article 1166 du Code civil. C'est ce que nous allons essayer de démontrer en recherchant maintenant s'il n'est pas possible de trouver un critérium permettant de distinguer les droits qui peuvent être exercés par les créanciers de ceux qui ne peuvent l'être. Plusieurs tentatives ont été faites aux diverses époques du droit pour atteindre ce but, mais elles ont en général échoué. Nous allons les exposer, et nous indiquerons ensuite quel est le critérium qui nous paraît le plus sûr.

Dans notre ancien droit, Lebrun avait déjà tenté de trouver un critérium permettant de distinguer les droits qui peuvent être exercés par les créanciers à la place de leur débiteur de ceux qui ne peuvent pas l'être. Il posait en principe que tous les droits peuvent être exercés par les créanciers : « Régulièrement un créancier peut exercer tous les droits et actions de son débiteur et s'y faire subroger à cet effet quand le débiteur refuse de les exercer lui-même. »

(1) Loi, 9 avril 1898 (art. 2).
(2) Loi, 9 juin 1853.
(3) Loi, 11 avril 1831 (art. 28) et 18 avril 1831 (art. 30).
(4) Loi, 21 ventôse an IX.
(5) Loi, 8 nivose an VI (art. 4) et 22 floréal an VII (art. 7).

Mais il ajoutait : « Il faut pourtant avouer qu'il y a certains droits qui sont tellement attachés à la personne qu'un créancier ne pourrait pas les exercer. » Passant alors en revue une série d'hypothèses pour lesquelles la question avait été controversée il pose ce critérium : « Tellement que je voudrais user de cette distinction et dire qu'un privilège personnel qui contient quelque émolument peut être exercé par les créanciers pourvu que ce privilège ne demande pas une acceptation précise de la personne à qui il est accordé, mais que s'il demande une acceptation particulière les créanciers ne le sauraient exercer sans le consentement de leur débiteur (1). » Ainsi, suivant Lebrun, ne peuvent être exercés par les créanciers : *les droits dont l'exercice suppose une appréciation personnelle de la part du débiteur*. Et ce critérium est aussi donné par Denizart dans ses « Décisions nouvelles » (2).

Quelle en est la valeur ? On peut remarquer qu'il n'a pas fait cesser les controverses et on le comprend aisément. Cette formule est en effet trop vague, trop imprécise et trop élastique pour ne pas entraîner des divergences dans son application. Sans doute elle repose sur cette idée exacte que les créanciers ne peuvent substituer leur volonté à celle de leur débiteur que dans une certaine mesure ; elle contient en germe la distinction entre les droits et les pures facultés ; mais cette idée n'a pas été suffisamment mise en lumière et d'ailleurs, à elle seule, elle ne pouvait suffire à trancher les difficultés que soulève l'article 1166 du Code civil.

(1) V. ces citations dans Lebrun, *Traité des successions*, liv. II, ch. II, sect. II, n^os^ 42 et 43.

(2) Denizart, *Décissons nouvelles*, au mot *Créancier*, n° 3.

Plus précis a été le critérium formulé par Merlin (1), sous l'empire du Code civil, dans ses *Questions de droit*. Nous avons déjà signalé ce passage, où Merlin combattant une théorie de Toullier, soutient que les actions en nullité fondées sur les vices du consentement ou l'incapacité du débiteur peuvent être exercées par les créanciers en vertu de l'article 1166. C'est à propos de cette controverse que Merlin formule un critérium permettant de distinguer les droits exclusivement attachés à la personne. Il s'inspire de la distinction faite par les jurisconsultes romains entre les privilèges inhérents à la chose et ceux attachés à la personne (2). Les héritiers peuvent exercer les premiers, mais non les autres qui ne survivent pas au *de cujus*. Merlin en conclut qu'il doit en être de même pour les créanciers, et qu'au point de vue de l'article 1166 « *on ne peut considérer comme attachés à la personne que les droits qui tout à la fois ne passent pas à l'héritier et ne sont pas cessibles* ». « Dès lors, ajoute-t-il, nul doute que des droits qui peuvent être cédés à des tiers ou transmis à des héritiers soient compris dans la règle générale qui est établie par l'article 1166. »

A première vue ce critérium paraît assez rationnel. Il semble bien qu'un droit qui ne peut être cédé, qui ne peut être transmis soit inhérent à la personne. Cependant si on met le critérium à l'épreuve, si on en fait des applications pratiques, on est bien obligé de reconnaître avec tous les auteurs qu'il n'est pas fondé en raison. Ainsi nous avons vu que les actions en restitution d'objets déclarés insaisissables par l'article 592 du Code de procédure civile ne peuvent être exercées par les créanciers. On ne doute ce-

(1) Merlin, *Questions de droit*, V° *Hypothèque*, § IV, n° 4, p. 464.
(2) Loi 196, Digeste : liv. L, tit. XVII. *De regulis juris*.

pendant pas que ces actions soient cessibles et transmissibles. La vérité est qu'un droit transmissible peut ne pas être compris dans le domaine de la règle de l'article 1166, parce que le domaine de la transmissibilité des droits est plus vaste que celui de cette règle. Les droits des héritiers sont plus étendus que ceux des créanciers ; de même un droit cessible peut ne pas être compris dans le domaine de la règle de l'article 1166. Sans doute, lorsque le titulaire d'un droit cède ce droit il affirme par là qu'il n'est pas attaché à sa personne ; mais de ce qu'il autorise un cessionnaire à l'exercer il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il autorise ses créanciers à en faire autant (1). Le critérium donné par Merlin n'est donc pas infaillible. On peut dès lors s'étonner de le voir encore appliqué par les tribunaux (2). La raison en est qu'il arrivera très souvent qu'un droit cessible et transmissible sera compris dans le domaine de l'article 1166. Ce critérium conserve donc en fait une certaine importance, mais on ne peut en user qu'avec beaucoup de prudence, sous peine de commettre des erreurs. Rejetons donc le critérium de Merlin, mais, tout en le rejetant, retenons-en ceci : c'est qu'un droit incessible ne peut jamais être exercé en vertu de l'article 1166. Nous en avons déjà donné la raison ; les créanciers n'exercent les actions de leur débiteur que pour arriver à obtenir leur paiement par une saisie suivie d'une vente. Or le droit incessible ne peut être vendu.

Une troisième tentative à l'effet de déterminer le critérium des droits exclusivement personnels dans le sens de l'article 1166, émane de la jurisprudence et est encore

(1) Laurent, t. XVI, n° 411 ; Huc, *Traité de la cession...* t. I, n° 157.

(2) V. par exemple : C. de cass. de Naples, 7 juin 1887, S. 88. 4.31.

fort ancienne. C'est la Cour de Limoges qui, dans un arrêt du 30 août 1831 a essayé, à propos du retrait d'indivision, et en se plaçant à un point de vue général, de préciser les caractères qui permettent de reconnaître les droits attachés à la personne du débiteur. Suivant cet arrêt, les créanciers ne pourraient exercer que les droits « *qui n'ont trait ni à l'ordre public ni à la morale* ». Cette formule est encore trop vague pour pouvoir être de quelque utilité. Il n'y a rien de plus variable que les notions d'ordre public et de morale. Ajoutons que ce critérium serait souvent inexact. Ainsi les questions qui touchent à la capacité des personnes sont d'ordre public, et personne n'hésite à admettre aujourd'hui que les créanciers peuvent exercer, en vertu de l'article 1166, les actions en nullité fondées sur l'incapacité du débiteur. Enfin, il y a bien des hypothèses où l'exercice d'un droit ne porte atteinte ni à l'ordre public, ni à la morale et où cependant les créanciers ne peuvent agir en vertu de l'article 1166. Nous avons vu par exemple, que les créanciers ne pouvaient consentir un bail au nom de leur débiteur, et l'on chercherait en vain en quoi le droit de passer un bail blesse l'ordre public ou la morale. La formule de la Cour de Limoges ne paraît donc pas heureuse, et c'est avec raison que la Cour de cassation a rejeté ce critérium dans un arrêt du 14 juillet 1834 (1).

Arrivons sans plus tarder au système proposé par M. Huc, dans son *Traité de la cession et de la transmission des créances* (2), et dans son *Commentaire théorique et pratique du Code civil* (3). Ce système nous paraît en effet le

(1) S. 34.1.533.
(2) T. I, n° 116.
(3) T. VII, n°s 209 et suiv.

plus heureux, et c'est celui auquel nous nous rallierons, tout en faisant certaines réserves.

M. Huc, après avoir démontré que seuls les droits patrimoniaux sont compris dans le domaine de la règle de l'article 1166, pose en principe que le domaine de l'exception doit être nécessairement compris dans le domaine de la règle. Quel est donc le caractère qui permet de distinguer les droits patrimoniaux que les créanciers ne peuvent exercer ou si l'on préfère, les droits exclusivement attachés à la personne du débiteur. Le sens de cette expression ne peut être déterminé que *secundum subjectam materiam*, c'est-à-dire en tenant compte de l'ordre d'idées auquel elle se réfère. « Or, dit M. Huc, l'article 1166 en déclarant que les créanciers peuvent, d'une manière générale exercer les droits de leur débiteur, ne fait rien autre chose qu'organiser à l'égard de certains éléments du patrimoine, sinon une saisie, du moins le préalable d'une saisie qui produira ultérieurement ses effets utiles. Donc, lorsque l'article 1166 déclare que seront exceptés de cette saisie les droits attachés à la personne, il veut tout simplement parler des actions relatives aux droits et objets insaisissables. C'est là le sens naturel de cette locution lorsqu'on l'emploie pour désigner qu'on déclare n'être pas soumis à l'action des créanciers. Voilà donc notre formule trouvée et, remarquons-le, elle est fournie par le texte même que nous cherchons à élucider : « Sont exclusivement attachés à la personne, au point de vue de l'article 1166, *les droits patrimoniaux déclarés insaisissables et les actions qui s'y rattachent* ».

Cette doctrine nous paraît très satisfaisante et très rationnelle. Sans aller aussi loin que M. Huc et sans voir dans l'article 1166 la consécration d'une saisie, nous croyons

qu'il y a entre le domaine de l'action indirecte et celui de la notion de saisissabilité une connexion étroite. L'action indirecte est un moyen donné aux créanciers pour leur permettre de saisir certains éléments actifs du patrimoine de leur débiteur. A quoi bon leur donner ce moyen quand le but à atteindre, la saisie, est impossible ! Au contraire, ils doivent pouvoir en user toutes les fois qu'ils pourront ainsi arriver à la réalisation de leur gage.

Néanmoins ce critérium de M. Huc a été assez vivement attaqué par MM. Baudry-Lacantinerie et Barde (1), mais nous ne croyons pas que les objections qui ont été faites soient de nature à en amoindrir la valeur. Elles prouvent tout au plus que M. Huc a formulé sa doctrine sous une forme trop absolue.

On reproche tout d'abord à ce critérium de présenter toutes les apparences d'un cercle vicieux. Nous croyons que ce sont là de pures apparences et qu'il est facile d'échapper à ce reproche. Pour établir l'existence de ce cercle vicieux, MM. Baudry-Lacantinerie et Barde rapprochent les deux passages suivants de M. Huc : « Sont exclusivement attachés à la personne au point de vue de l'article 1166 les droits patrimoniaux déclarés insaisissables et les actions qui s'y rattachent » et cet autre passage : « L'exercice autorisé par l'article 1166 constitue une saisie d'un genre particulier ou tout au moins le préalable d'une voie d'exécution. Il suit de là... que l'article 1166 ne concerne pas les éléments du patrimoine qui peuvent faire l'objet d'une saisie proprement dite. » Et M. Barde ajoute : « Ainsi les droits qui rentrent dans la règle posée par l'article 1166 ne sont pas susceptibles d'une véritable saisie, mais seule-

(1) *Obligations*, t. I, n° 626, p. 537-539.

ment de cette saisie particulière qui résulte précisément de l'exercice de ces droits par les créanciers. Mais, s'il en est ainsi, le critérium donné par M. Huc a toutes les apparences d'un cercle vicieux » !

Ce raisonnement n'est possible que parce que l'on part de cette idée préconçue et erronée suivant laquelle l'article 1166 organiserait une saisie *sui generis*, une saisie des actions. Mais l'action indirecte n'est pas une saisie. C'est un moyen donné aux créanciers pour arriver à la réalisation de leur gage, et ce moyen est inutile lorsqu'il s'agit d'un élément actif du patrimoine du débiteur, qui peut être saisi directement, comme le droit d'usufruit, de même qu'il n'a pas de raison d'être lorsqu'il s'agit d'un élément que les créanciers ne peuvent pas saisir. Ainsi quand nous disons que les droits exclusivement personnels sont les droits insaisissables, nous entendons dire par là que les créanciers ne pourront pas exercer les actions du débiteur qui feraient rentrer dans ce patrimoine un élément actif dont les créanciers ne pourraient s'emparer.

On a encore reproché au critérium de M. Huc de ne pas résister à l'épreuve de l'application qu'on en fait aux divers droits. Sans doute, M. Huc a pris soin de vérifier le bien fondé de ce critérium en l'appliquant à de nombreuses hypothèses, mais cette épreuve n'a pas paru concluante à M. Barde et voici l'espèce sur laquelle il raisonne pour trouver le critérium en défaut : « Sous l'influence du dol, je me suis engagé à livrer un certain nombre de barriques de vin alors que je n'en possède pas une seule. D'autre part, je suis propriétaire de quelques biens mais je n'ai pas de numéraire. Mes créanciers veulent faire annuler mon engagement en vertu de l'article 1166. Ils le peuvent certainement. Mais pourquoi ? Parce qu'il s'agit d'un droit sai-

sissable, répond M. Huc. — A quel point de vue ? Il faudra dans ce cas pour faire apparaître l'idée de saisie s'attacher à ce fait que l'action a pour effet de sauvegarder l'intégrité de la masse des biens qui pourront être saisis. Mais, en vérité, n'est-ce pas là une façon bien indirecte de justifier l'épithète de saisissable appliquée au droit qu'on fait valoir en exerçant l'action en nullité » (1) ?

Nous pourrions répondre tout d'abord que M. Barde après avoir fait l'objection s'est empressé de la réfuter lui-même, et sa réponse nous paraît satisfaisante. Il s'étonne, il est vrai, de ce que le caractère de saisissabilité n'apparaisse que d'une façon assez lointaine dans l'espèce sur laquelle il raisonne. Mais cela tient uniquement à ce que l'exemple choisi est assez compliqué. On pourrait faire d'ailleurs une réponse plus décisive. M. Barde affirme que les créanciers peuvent certainement faire annuler l'engagement entaché de dol. C'est vrai, en principe, mais pour que les créanciers puissent agir il ne suffit pas qu'ils soient en présence d'un droit compris dans le domaine de l'article 1166. Il faut encore qu'ils aient intérêt à agir et cet intérêt n'existe pas dans l'espèce proposée. Les créanciers n'ont qu'à saisir les biens qui composent le patrimoine de leur débiteur et dont celui-ci ne pourra plus disposer. Si l'on objecte que les créanciers auront à redouter le concours de l'acheteur à qui la livraison ne sera pas faite, il est facile de répondre que l'acheteur ne pourra agir contre le vendeur qu'après avoir obtenu un jugement condamnant ce vendeur à des dommages-intérêts pour inexécution de son obligation. Si, à ce moment le vendeur ne se défend pas en opposant le dol dont il a été victime, ses créanciers

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. I, n° 626, p. 538 et note 1.

pourront intervenir à l'instance pour soutenir que l'engagement de leur débiteur n'est pas valable, mais ils n'auront nullement besoin d'exercer l'action en nullité qui appartient à leur débiteur.

Nous croyons donc que les critiques qui ont été formulées à l'encontre du critérium de M. Huc ne sont pas fondées. Ce critérium est parfaitement juste et rationnel, car l'action indirecte n'ayant pour but que de rendre possible une saisie n'a plus de raison d'être quand ce but ne peut être atteint.

Nous avons déterminé le domaine de la règle et de l'exception contenues dans l'article 1166 du Code civil. Nous pouvons nous demander en terminant si la volonté du débiteur peut faire passer un droit du domaine de l'exception dans le domaine de la règle ou réciproquement.

Un débiteur peut-il donc autoriser ses créanciers à exercer un droit exclusivement attaché à la personne? Nous ne voyons pas sur quels principes ou sur quels textes l'on pourrait se fonder pour refuser au débiteur le droit de donner cette autorisation. Cette doctrine nous paraît d'autant plus devoir être admise que le législateur semble bien l'avoir acceptée dans l'article 1446 du Code civil. Cet article refuse aux créanciers le droit de demander la séparation de biens en vertu de l'article 1166, mais il leur permet d'agir quand la femme y consent. Cette solution doit être généralisée. En effet, c'est dans l'intérêt du débiteur que le législateur a reconnu l'existence de droits exclusivement attachés à la personne, mais le débiteur peut renoncer à cette faveur qui lui est faite et autoriser ses créanciers à agir.

Réciproquement, le débiteur peut-il convenir avec ses créanciers que ceux-ci ne pourront exercer quelques-uns

des droits qui lui appartiennent, bien que ces droits figurent dans le domaine de la règle de l'article 1166 ?

La question est plus délicate. En effet, admettre la validité de cette convention, ce serait permettre au débiteur de convenir que son patrimoine ne sera pas entièrement grevé du droit de gage général établi par l'article 2092 et la question revient à savoir si cet article pose un principe ayant un caractère d'ordre public, si c'est une règle impérative que la volonté de l'homme ne peut modifier.

Nous ne croyons pas que l'on puisse accorder au débiteur le droit de restreindre le gage des créanciers. Le droit que l'article 2092 leur accorde est indépendant de la volonté du débiteur, et celui-ci ne peut y porter atteinte. « D'après le droit nouveau, dit M. Massol (1), un gage général et tacite est nécessairement lié à la créance. Cela est tellement vrai qu'il ne pourrait être convenu que la créance existerait dans le gage général ; en effet, ce serait convenir que l'on entend être créancier et que l'on consent en même temps à ne pas être payé. »

A l'appui de l'opinion contraire (2) on invoque le principe de la liberté des conventions. Chacun est libre d'exiger ou de ne pas exiger des garanties pour obtenir son paiement. Mais, qu'on le remarque, il ne s'agit pas ici d'une garantie que le débiteur aurait pu exiger ou ne pas exiger. Il s'agit d'une garantie qui existe de plein droit, d'une protection légale établie en faveur des créanciers,

(1) De la cessibilité des créances, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse,* t. XXXI, p. 98. Mais cet auteur apporte une restriction à ce principe dans une note. — Comp. Demolombe, t. XVIII, n° 311; Laurent, t. II, n° 472; Huc, *Comment. théor. et prat. du C. civ.*, t. VI, n° 63, et t. VII, n° 214.

(2) Aubry et Rau, t. II, § 692, p. 297; Garsonnet, 1re édit., t. III, § 546, p. 524 ; Cass., 16 avril 1877, D. 78.1.165.

et en faveur du crédit en général. C'est donc un principe d'ordre public auquel les conventions particulières ne peuvent déroger.

C'est à tort que l'on a invoqué, à l'appui de l'opinion que nous combattons, l'article 581 du Code de procédure civile qui permet à un donateur de déclarer insaisissables les sommes et objets donnés ou légués. Le législateur a pris soin de déterminer avec précision dans quelle mesure on pourrait soustraire au gage des créanciers, les éléments actifs du patrimoine du débiteur, et toute restriction aurait été inutile si les conventions particulières avaient pu réduire ce gage au néant.

Le débiteur peut donc autoriser ses créanciers à exercer un droit exclusivement attaché à la personne, mais il ne peut convenir avec ses créanciers que ceux-ci n'exerceront pas les droits compris dans le domaine de la règle de l'article 1166.

CHAPITRE VI

DES CAS OU LA FACULTÉ ACCORDÉE AUX CRÉANCIERS PAR L'ARTICLE 1166 CESSE DE LEUR APPARTENIR POUR ÊTRE CONFÉRÉE A UN TIERS QUI LES REPRÉSENTE.

Notre but, dans ce chapitre, n'est pas de déterminer quelles sont les causes d'extinction de l'action indirecte, mais bien de rechercher quelles modifications peut entraîner dans la faculté conférée aux créanciers par l'article 1166 la réalisation de certains événements tels que la faillite, la déconfiture ou la mort du débiteur. Ces événements ont en général pour effet de modifier les droits des créanciers, et il sera intéressant de rechercher quelles modifications ils engendrent, en ce qui concerne l'action indirecte.

§ 1. — Faillite du débiteur.

1° Occupons-nous d'abord de la faillite.

Elle consiste dans la substitution d'une procédure collective de liquidation où la masse des créanciers est représentée par un syndic, à la procédure des poursuites individuelles et des saisies. Il y a une analogie très remarquable entre le mode d'exécution ainsi organisé par notre Code de commerce et celui créé par le préteur romain sous le nom de *venditio bonorum*, si bien que M. Renouard (1) a pu dire que « toutes les législations modernes sur les faillites ont pour commune origine

(1) *Traité des faillites et des banqueroutes*, 3e édit., t. I, p. 19-20.

cette procédure romaine ». Aussi nous verrons que, de même qu'en droit romain, l'exercice des actions du débiteur se trouvait concentré entre les mains du *curator bonorum*, de même au cas de faillite les créanciers perdent la faculté que leur confère l'article 1166 au profit du syndic qui les représente.

Mais il ne suffit pas d'indiquer cette analogie ; il faut encore démontrer que cette transformation qui s'opère est la conséquence logique et naturelle des principes qui régissent la faillite.

Or nous allons voir que le jugement déclaratif de faillite produit des effets de nature à justifier la suppression du droit des créanciers.

Tout d'abord, il emporte *ipso jure* et à compter de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens. De plus, il entraîne la suspension des poursuites individuelles de la part des créanciers.

Ainsi du jour du jugement déclaratif le failli perd l'administration de son patrimoine. A sa personnalité est substituée celle du syndic qui agira à son lieu et place, exercera les actions qui lui compètent soit en demandant, soit en défendant (1). Le but de ce dessaisissement, c'est de créer et de maintenir l'égalité entre les créanciers dans la liquidation du patrimoine du failli. Il suffirait à lui seul à expliquer pourquoi les créanciers ne peuvent plus se prévaloir de l'article 1166. Comment, en effet, le créancier pour-

(1) Il faut cependant faire une exception pour les actions qui présentent pour le failli un caractère personnel ; ces actions sont en dehors du patrimoine du débiteur failli et le dessaisissement ne porte que sur le patrimoine. — V. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VII, n° 228. Mais ces actions qui ne peuvent pas être exercées par le syndic, ne peuvent pas l'être non plus par les créanciers du failli, car elles rentrent dans l'exception de l'article 1166.

rait-il exercer une action à la place de son débiteur, alors que ce débiteur n'a plus la faculté de l'exercer lui-même. L'action, il est vrai, continue à faire partie de son patrimoine ; elle figure dans le gage des créanciers, mais elle est désormais pour eux intangible.

On peut encore confirmer ce raisonnement, en remarquant que, du jour du jugement déclaratif, les créanciers n'ont plus le droit d'exercer les actions dont ils pouvaient librement disposer auparavant. Cette suspension des poursuites individuelles qui tend elle aussi à assurer l'égalité entre les créanciers, résulte d'une façon certaine des articles 527, 529, 571 du Code de commerce, et ne se discute même pas. Elle produit un double effet. D'abord, les créanciers ne pourront plus intenter les actions nées sur leur tête contre le failli ; ensuite ils ne pourront plus exercer les actions qui pouvaient appartenir au failli en invoquant l'article 1166. Leur droit en ce qui concerne la première catégorie d'actions est remplacé par le droit de production. Quant à la deuxième catégorie d'actions, le droit de les exercer ne s'éteint dans la personne des créanciers, que pour renaître aussitôt en celle du syndic, leur représentant.

Il y a donc dans les principes spéciaux qui régissent la procédure collective de la faillite, un double motif pour décider que la faculté accordée aux créanciers par l'article 1166 cesse de leur appartenir pour passer au syndic qui représente la masse chirographaire. Cette solution est aujourd'hui admise d'une façon à peu près unanime par la doctrine (1), et la jurisprudence (2) paraît fixée dans ce

(1) Bravard-Veyrières et Demangeat, *Traité de droit commercial*, t. V, p. 129 ; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, t. II, n° 2680 et *Traité*, t. VII, n^{os} 227-288 ; Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 314 ; Fuizer-Herman, V^{os} *Faillite*, n^{os} 904 et 905.

(2) Cass., 18 février 1863, D. 63.1.149 et la note ; Cass., 11 août

sens. La doctrine que nous venons d'exposer a été cependant discutée, et M. Ruben de Couder (1) avait soutenu que les créanciers d'un commerçant en faillite conservaient la faculté d'exercer les droits et actions de leur débiteur. A l'objection tirée de ce que par suite du dessaisissement et de la suspension des poursuites individuelles les actions se trouvent concentrées entre les mains du syndic, cet auteur répondait que « ce n'est pas au nom de la masse, mais en son nom personnel que le créancier agit en pareille circonstance ». La réponse est loin d'être péremptoire, car la suspension des poursuites individuelles vise non seulement les actions qui sont intentées par les créanciers au nom de la masse, mais aussi celles qu'ils intentent en vertu d'un droit qui est né sur leur tête contre le failli.

M. Ruben de Couder ajoutait qu'en présence de la né-

1885, S. 87.1.473 et la note de M. Esmein ; Cass., 23 juillet 1889, D. 91.1.53 ; Cass., 12 mars 1900, *Le Droit*, 20 mai 1900. — Il est à remarquer que les créanciers qui perdent le droit de recourir à l'article 1166 après le jugement déclaratif de faillite conservent le droit de faire des actes conservatoires. Nous constatons ainsi une fois de plus l'intérêt qu'il y a à distinguer ces deux moyens de protection du droit de gage des créanciers.

Quant au droit d'intervention, la question de savoir s'il appartient aux créanciers après l'ouverture de la faillite est très controversée. Un premier système déclare les créanciers irrecevables à intervenir dans un procès suivi par les syndics au nom de la masse. Un deuxième système leur reconnaît au contraire ce droit en assimilant l'intervention à un acte conservatoire. Enfin, dans une troisième opinion on accorde aux tribunaux un pouvoir d'appréciation. Nous n'examinons pas la question qui est en dehors de notre sujet ; mais nous acceptons le second système puisque nous avons rangé la faculté d'intervenir parmi les actes conservatoires.

(1) Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, V° *Faillite*, n° 245.— Limoges, 5 juin 1877, *Le Droit*, 7 septembre 1877 ; Auxerre, 1er juin 1881, *La Loi*, 22 juin 1881 ; Note Huvelin, *Annales de droit commercial*, 1894.1.20.

gligence des syndics, chaque créancier devait pouvoir veiller à la conservation des droits de son débiteur. Les motifs qui ont fait interdire les voies d'exécution sur les biens des faillis sont ici sans application, puisque loin de nuire à la masse l'action du créancier ne peut que lui être profitable. Il est facile de répondre que cette solution irait tout à fait à l'encontre du désir du législateur qui est de créer une unité de gestion. Toutes les règles relatives à la faillite sont orientées vers ce but. D'ailleurs les créanciers n'ont pas besoin d'intervenir pour que les droits du failli soient sauvegardés. Ce soin incombe aux syndics, et s'ils n'accomplissent pas leur mandat, les créanciers sans se substituer à eux pourront formuler leurs réclamations devant le juge-commissaire.

Enfin, quel intérêt les créanciers d'un failli pouvaient-ils avoir à user de l'action indirecte ? Le but immédiat de cette action, c'est, rappelons-le, de rendre possible la saisie. Eh bien ! quand le débiteur est en faillite, le créancier n'a aucun intérêt à rendre possible une saisie puisqu'il ne pourra pas la pratiquer, quand il aura établi l'existence du droit de son débiteur. Aussi cette doctrine n'a pas fait fortune, et M. Ruben de Couder l'a lui-même abandonnée pour se rallier à l'opinion dominante (1).

Il ne faudrait cependant pas exagérer les conséquences du dessaisissement et de la suspension des poursuites individuelles. Les créanciers ne peuvent pas user de l'action indirecte, mais ils pourront du moins, poursuivre des tiers qui sont, d'une part, débiteurs du failli, et qui sont d'autre part leurs débiteurs directs. La jurisprudence a toujours admis cette restriction, parce qu'il s'agit alors d'un

(1) *Supplément au Dictionnaire de droit commercial*, V° *Faillite*, n° 140.

rapport de droit unissant deux personnes en dehors de la faillite (1). De même le principe de la suspension des poursuites individuelles est inapplicable aux créanciers qui bénéficient d'un gage ou d'une hypothèque. Ces créanciers munis d'une sûreté spéciale sont encore en dehors de la faillite et ne peuvent s'en voir opposer les règles. Un jugement du tribunal de commerce de la Seine (2) du 27 novembre 1890, met fort bien en lumière cette double restriction. Il s'agissait d'une personne qui avait fait des avances à un commerçant et qui, pour se garantir, s'était fait donner en nantissement des marchandises consignées chez un tiers. Le commerçant tombe en faillite, et le créancier assigne directement le tiers consignataire pour obtenir son paiement en réalisant son gage. Le tribunal a déclaré avec raison cette action recevable. Sans doute le commerçant était en faillite, et à raison du dessaisissement et de la suspension des poursuites individuelles le créancier ne pouvait agir contre le consignataire en exerçant les droits et actions de son débiteur (art. 1166). Mais le créancier ne prétendait pas user de l'action indirecte, et invoquait au contraire pour justifier son action directe l'engagement personnel du consignataire et sa qualité de créancier gagiste. Cette double restriction ne nous empêche d'ailleurs pas de conclure que les créanciers sont dépouillés, à dater du jugement déclaratif de faillite, du droit d'invoquer l'article 1166 de la façon la plus absolue.

(1) Cass., 13 novembre 1867, D. 68.1.212 ; Cass., 9 juillet 1877, D. 77.1.417.

(2) *Annales de droit commercial*, année 1891, p. 37, et note de M. Pic.

§ 2. — Liquidation judiciaire.

La solution que nous venons de donner en matière de faillite doit-elle être maintenue quand le débiteur commerçant a été admis au bénéfice de la liquidation judiciaire conformément à la loi du 4 mars 1889 portant modification à la législation des faillites ? La question est controversée, et est assez délicate. Le but de cette loi a été d'apporter certains adoucissements au régime de la faillite. Elle organise une faillite atténuée. Le débiteur n'est point frappé d'un dessaisissement absolu de l'administration de ses biens ; il reste à la tête de son patrimoine et sa personnalité ne disparaît pas devant celle des syndics. Le liquidé ne peut, il est vrai, contracter de nouvelles dettes, consentir des aliénations ; il est soumis à la surveillance et au contrôle du liquidateur judiciaire, mais il est certain que ses biens ne sont pas frappés d'une indisponibilité, dans l'intérêt de la masse comme en matière de faillite (1). Le débiteur, liquidé judiciaire conservant la gestion de son patrimoine, il en résulte qu'il pourra exercer les actions qui lui appartiennent avec l'assistance du liquidateur. S'il reste dans l'inaction le liquidateur agira à sa place, il n'aura même pas besoin de demander l'autorisation du juge-commissaire ; il devra seulement mettre le liquidé en cause (art. 6, L. 4 mars 1889). Mais si l'on suppose que le liquidé et le liquidateur restent dans l'inaction, la question se pose de savoir si les créanciers ne pourront pas intenter en vertu de l'article 1166 les actions qui intéressent le patrimoine de leur débiteur ?

(1) Comp. Rapport de M. Demôle, Séance du Sénat du 11 janvier 1889, *J. off.*, 12 janvier 1889.

On l'a soutenu (1) en faisant remarquer que le liquidé, à la différence du failli, conserve l'exercice de ses actions. Cette opinion est d'abord soutenue par les auteurs qui estiment qu'en matière de faillite il y a lieu de donner aux créanciers du failli l'action indirecte. C'est logique ; mais elle est aussi admise par quelques-uns de ceux qui refusent en matière de faillite le bénéfice de l'article 1166 aux créanciers.

A notre avis, cette doctrine doit être rejetée et nous refuserons l'action indirecte aux créanciers du liquidé judiciaire, comme aux créanciers du failli.

Sans doute, quand il s'agit de liquidation judiciaire le dessaisissement n'est pas absolu, nous le reconnaissons ; mais les poursuites individuelles sont suspendues. Cette suspension des poursuites des créanciers qui résultait assez clairement de l'article 5 de la loi du 4 mars 1889, avait été il est vrai discutée, et plusieurs décisions judiciaires l'avaient rejetée. Mais une loi du 4 avril 1890 a précisément modifié cet article 5 pour faire cesser cette controverse. Cette loi est formelle : « A partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire les actions mobilières et immobilières et toutes voies d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles sont suspendues comme en matière de faillite. » On a dit, il est vrai, que cet article ne visait que les actions que les créanciers intentaient de leur chef, mais non celles qu'ils pouvaient intenter à la

(1) Frémont et Camberlin, *Code pratique des liquidations et faillites*, n° 39 ; Malapert, *Du régime de la liquidation judiciaire, de ses inconvénients et de ses avantages*, n^os^ 281-282 ; Valabrègue, *Du rôle des liquidateurs créés par la loi de* 1889. *Rev. crit.*, année 1889, p. 568, 582 ; Huvelin, note *Annales de droit commercial*, 1894 1.20 ; Note *Pand. franç.*, 1896.2.25.

place de leur débiteur. Cette distinction nous paraît impossible à admettre en présence du texte formel du nouvel article 5 qui est conçu dans les termes les plus généraux.

On a dit aussi que cette doctrine que nous soutenons entraînait des conséquences regrettables pour les créanciers. Nous croyons au contraire qu'elle ne sacrifie nullement les droits des créanciers. Les liquidateurs agissent à leur place, et s'ils restent dans l'inaction les créanciers ne seront pas sans défense. Ils pourront en effet demander la révocation des liquidateurs, de même que les créanciers du failli peuvent demander la révocation des syndics (art. 466 et 467, C. com.). C'est en effet un principe général que toutes les dispositions relatives à la faillite, s'appliquent au régime de la liquidation judiciaire, s'il n'y a pas de disposition contraire.

Cette solution nous paraît la plus heureuse au point de vue pratique, parce qu'elle respecte le principe de l'unité de gestion qui est à la base de toute procédure collective d'exécution (1). Depuis la loi de 1889 la question ne s'est présentée qu'une fois devant les tribunaux (2), et elle a été tranchée dans le sens de l'opinion que nous avons défendue.

§ 3. — Déconfiture.

La déconfiture est, d'après la définition généralement adoptée aujourd'hui, « l'état d'un non commerçant insol-

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. VIII, n° 1053 ; Thaller, *Traité élémentaire*, n° 1661.

(2) Trib. civ. Blois, 15 février 1893, *Journal des faillites*, année 1893, p. 505 et observation conforme. C'est la seule décision judiciaire sur la question, à notre connaissance.

vable ». Cette situation n'a pas été réglementée par le législateur, et l'on ne retrouve plus ici une procédure collective analogue à la procédure de la faillite ou de la liquidation judiciaire. Il y a là une véritable lacune dans notre législation. De cette absence de réglementation, la doctrine conclut très logiquement que le non-commerçant n'est pas dessaisi de ses biens et que, d'autre part, chacun des créanciers conserve le droit d'exercer des poursuites individuelles contre lui (1). On peut, il est vrai, remarquer que même dans notre législation actuelle qui admet en matière civile le régime des poursuites individuelles, la saisie entraîne dans une certaine mesure le dessaisissement du débiteur. Ainsi la transcription de la saisie immobilière a pour effet de restreindre le droit du débiteur d'user et de jouir personnellement de son immeuble ; elle immobilise à compter de sa date les fruits naturels et industriels qui seront distribués avec le prix de l'immeuble par ordre d'hypothèque (art. 682, C. pr. civ.). Elle immobilise également à compter de sa date les loyers et fermages (art. 685, C. pr. civ.). Elle rend l'immeuble saisi inaliénable entre les mains du débiteur saisi (2) (art. 686, C. pr. civ.). On peut aussi retrouver la trace de ce dessaisissement partiel que nous venons de signaler dans la procédure de la saisie immobilière, dans la procédure de la saisie-arrêt. L'effet de la saisie-arrêt consiste, en effet, à obliger le tiers saisi à ne faire aucun paiement au préjudice des droits du saisissant. La créance du saisi devient donc indisponible à l'égard du saisissant ; et que

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. VII, n° 37 ; Garraud, *De la déconfiture*, p. 174 ; Laurent, t. XVI, n° 61 ; Cass., 10 juillet 1876, S. 76.1.405 ; Lyon, 14 mai 1884, *Gaz. Pal.*, 84.2.216.

(2) Garsonnet, *Traité*, 1re édit., t. IV, § 661.

cette indisponibilité soit totale ou seulement égale au montant des causes de la saisie, il n'en est pas moins vrai qu'elle suppose le dessaisissement du saisi (art. 1242, C. civ.). Mais ce dessaisissement ne s'applique jamais au patrimoine tout entier du débiteur et par conséquent, il est impossible de soutenir que l'état de déconfiture ait pour effet de priver les créanciers de l'action que leur confère l'article 1166 du Code civil. Bien au contraire, c'est précisément dans ce cas que les créanciers auront besoin de cette action. En effet, quand ils se trouveront en présence d'un patrimoine ne contenant aucun élément saisissable, ils auront intérêt à exercer les actions que leur débiteur peut posséder contre des tiers pour faire entrer ou rentrer dans ce patrimoine un élément actif qu'ils saisiront. Mais on peut regretter l'absence dans notre législation d'un dessaisissement absolu parce que chaque créancier agira au mieux de ses intérêts, et les plus acharnés seront les seuls qui arriveront à se faire payer. Si donc l'action indirecte remédie dans une certaine mesure à l'absence de la réglementation de la déconfiture, le remède est encore bien imparfait parce que le domaine de l'action n'est pas illimité et que les créanciers ne peuvent pas s'immiscer dans l'administration du patrimoine de leur débiteur. On a jugé avec raison, que cette ingérence des créanciers dans la gestion du patrimoine du débiteur, aboutirait à placer celui-ci sous la plus humiliante des tutelles. Malheureusement, il peut arriver que les débiteurs peu scrupuleux usent de cette liberté pour frauder les créanciers. Voici, par exemple, une espèce sur laquelle la Cour de Caen (1) a eu à se prononcer. Des

(1) Caen, 29 avril 1841, D. *Répertoire*, V° *Obligations*, n° 903. — Cet arrêt est également rapporté et critiqué par M. Laurent, t. XVI

créanciers se trouvaient en présence de leur débiteur insolvable. Celui-ci encaissait ses loyers par anticipation, les créanciers ne pouvaient faire des saisies-arrêts entre les mains de ses locataires, et comme ceux-ci étaient de bonne foi, les créanciers ne pouvaient pas davantage user de l'action paulienne.

Y avait-il un remède possible contre cette fraude ? La loi n'en fournissait aucun. La Cour de Caen, il est vrai, dans un but d'équité, et partant de cette idée que la loi ne pouvait se faire complice d'une pareille fraude, autorisa les créanciers à mettre les baux en adjudication, ce qui leur permettait de pratiquer des saisies-arrêts entre les mains des preneurs. Pour être équitable, cette solution était anti-juridique, car nous le répétons, l'article 1166 ne permet pas aux créanciers de s'immiscer dans la gestion du patrimoine de leur débiteur.

Que faut-il en conclure ? C'est que l'action indirecte, tout en étant un moyen de protection utile pour les créanciers, sera souvent inefficace quand leur débiteur sera insolvable. Il serait donc à souhaiter qu'une procédure collective de la déconfiture soit organisée, sur le modèle de notre procédure de la faillite. L'importance de l'action indirecte serait ainsi bien diminuée, mais les droits des créanciers seraient certainement mieux sauvegardés (1).

n° 423. « Il y a dans cet arrêt, dit cet auteur, autant d'erreurs que de mots. » — V. aussi en sens contraire : Cass., 31 mai 1853, S. 54.1.207.

(1) A ce sujet, nous ne pouvons passer sous silence la procédure introduite dans notre droit par les praticiens assez récemment, du reste, et adoptée par certaines Cours d'appel en vue de suppléer au défaut d'organisation de la déconfiture. Nous voulons parler de la théorie du séquestre-liquidateur, construite pour résoudre la question suivante. Lorsqu'un débiteur est en déconfiture, ce débiteur ou

§ 4. — Décès du débiteur.

Il nous reste enfin à rechercher quelle peut être l'influence de la mort du débiteur sur le droit que l'article 1166 confère aux créanciers. Il n'y aura aucune difficulté si la succession du débiteur est acceptée purement et simplement. Les créanciers du *de cujus* deviennent alors

ses créanciers peuvent-ils faire nommer par l'autorité judiciaire un séquestre chargé de gérer dans l'intérêt collectif des créanciers tout le patrimoine du débiteur, et notamment d'exercer toutes les actions appartenant à l'insolvable ? La Cour de Lyon a admis l'affirmative dans un arrêt du 27 mars 1873 (D.75.2.149), et elle en conclut que le débiteur insolvable est dessaisi de son droit d'administration et que les créanciers ne peuvent plus exercer des poursuites individuelles. Il faut aussi en conclure que la faculté conférée aux créanciers par l'article 1166 du Code civil passe au séquestre-liquidateur qui joue en quelque sorte le rôle d'un syndic de faillite.

Mais la Cour de cassation n'a jamais admis la légalité de cette pratique. Elle considère que le patrimoine d'un non commerçant ne peut jamais être placé sous séquestre soit sur la demande de l'insolvable (Cass.,17 janvier 1855,D.55.1.11), soit sur la demande des créanciers (Cass., 10 juillet 1876, D. 76.1.313). Il est en effet impossible d'appliquer au patrimoine tout entier l'article 1961 du Code civil qui ne parle que de la mise en séquestre « d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse ». Il est surtout impossible de faire découler de cet article du Code le dessaisissement du débiteur et la suspension des poursuites individuelles. Aussi cette dernière conséquence, qui aurait pour effet de priver les créanciers de la faculté que leur confère l'article 1166, paraît rejetée par la majorité des auteurs (En ce sens : Guillouard, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, n° 176 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la société, du prêt et du dépôt*, n^os^ 1282 et 1297).

Pour de plus amples développements sur cette théorie du séquestre-liquidateur, V. Garraud, « Des liquidations judiciaires, de leu pratique et de leur légalité », *Journal des faillites*, année 1882, p. 149 ; et Sargnon, thèse de doctorat, 1899, *Du séquestre dans la pratique judiciaire*.

créanciers personnels de l'héritier et peuvent exercer les droits et actions de celui-ci s'il reste dans l'inaction. Mais la question est plus délicate si la succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire, ou lorsqu'il s'agit d'une succession vacante. Nous allons rechercher si dans ces hypothèses les créanciers continuent à jouir de la faculté que leur confère l'article 1166 et si le droit d'exercer les actions qui font partie du patrimoine du *de cujus* n'appartient pas à une seule et unique personne représentant les créanciers héréditaires.

A. *Acceptation sous bénéfice d'inventaire.* — On a soutenu que lorsque le débiteur vient à mourir et que sa succession est acceptée bénéficiairement, les créanciers héréditaires sont dépouillés du droit que leur confère l'article 1166. Seul l'héritier bénéficiaire, chargé d'administrer et liquider la succession, a qualité pour exercer les actions qui font partie du patrimoine du *de cujus*. Il est en effet le mandataire et le représentant des créanciers héréditaires, et ce mandat doit avoir pour effet de suspendre toute poursuite individuelle.

Il y a en effet, entre la situation dont nous nous occupons et la situation de la faillite ou de la liquidation judiciaire, une analogie très remarquable. Dans les deux cas il s'agit de liquider un patrimoine, une masse de biens et dans les deux cas l'unité de gestion paraît aussi nécessaire.

On ajoute que cette assimilation entre la faillite et l'acceptation sous bénéfice d'inventaire avait été déjà admise dans notre ancien droit. Les créanciers héréditaires pouvaient exercer une surveillance sur l'héritier bénéficiaire par des syndics qu'ils nommaient, et nos anciens auteurs constataient l'existence de cette pratique sans en dis-

cuter le bien fondé (1). De plus cette assimilation entre la faillite et l'acceptation bénéficiaire est tellement dans la nature des choses, qu'elle a été aussi consacrée par notre Code civil dans l'article 2146.

On invoque enfin à l'appui de cette solution des considérations d'utilité pratique. Permettre aux créanciers d'agir en vertu de l'article 1166 malgré l'acceptation bénéficiaire, c'est vouloir entraver dans sa gestion l'héritier ; gêné par les poursuites individuelles des créanciers, l'héritier bénéficiaire administrera mal la succession, et cela au détriment des créanciers héréditaires eux-mêmes. D'autre part, les poursuites des créanciers pourront faire double emploi si l'héritier bénéficiaire agit lui-même, et il y aura là une source de complications et de frais bien inutile (2).

Cette doctrine, qui peut paraître assez séduisante au premier abord, a été rejetée par les auteurs et par la jurisprudence. Et c'est avec raison, à notre avis. L'assimilation que l'on a tenté d'établir entre la faillite et l'acceptation bénéficiaire, pour justifier la suspension du droit que l'article 1166 confère aux créanciers, est inadmissible. On ne peut en effet invoquer en ce sens l'article 2146 du Code civil. Sans doute cet article déclare qu'à dater de l'acceptation bénéficiaire d'une succession les créanciers héréditaires ne peuvent plus inscrire valablement leurs hypothèques, de même que les créanciers du failli à dater du ju-

(1) *Nouveau Denizart*, « Bénéfice d'inventaire », § 9, nos 6, 7, 13 ; Lebrun, liv. III, ch. IV.— Comp. Wahl, note S. 93.2.115.

(2) La doctrine que nous venons d'exposer a inspiré quelques décisions judiciaires anciennes, d'après lesquelles les créanciers ne peuvent pratiquer sur les biens de la succession aucune saisie. — V. par ex. Riom, 24 août 1841, S. 41.2.637. Mais aucune n'a tranché en ce sens la question de savoir si l'acceptation bénéficiaire prive les créanciers de la faculté de l'article 1166.

gement déclaratif de faillite ; mais cette déchéance infligée aux créanciers héréditaires, à raison d'un événement indépendant de leur volonté, est restée sans explication dans notre droit, et tous les auteurs s'accordent aujourd'hui à reconnaître que cette disposition législative devrait être modifiée. On ne saurait donc invoquer l'article 2146 pour démontrer que notre Code assimile à la faillite l'acceptation bénéficiaire. D'ailleurs ce texte établit une déchéance et ne peut servir de base à une généralisation.

La vérité est que l'héritier bénéficiaire ne saurait être considéré comme le mandataire des créanciers héréditaires. En effet, tandis que les syndics ont été nommés par les créanciers du failli, ou tout au moins quand ces créanciers ont été consultés (art. 462, C. comm.), l'héritier bénéficiaire tient son titre de la loi et des liens de parenté qui l'unissaient au défunt, mais non de la volonté des créanciers héréditaires. Les syndics présentent donc plus de garantie. En outre, ils administrent le patrimoine du failli uniquement dans l'intérêt des créanciers, tandis que l'héritier bénéficiaire administre le patrimoine du défunt dans son propre intérêt tout d'abord. Il est sans doute tenu d'observer certaines formes, il doit rendre compte de son administration, mais l'inobservation de ces formes n'entacherait pas ses actes de nullité et entraînerait tout au plus la déchéance du bénéfice d'inventaire.

Notre conclusion est donc que l'acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur ne suspend pas le droit de poursuite des créanciers, et ne les prive pas du droit que leur confère l'article 1166 (1).

(1) Laurent, t. X, n° 132 ; Demolombe, t. XV, n° 228 ; Aubry et Rau, t. VI, § 618, p. 403 (4e édit. ; ces auteurs soutenaient l'opinion contraire dans leurs précédentes éditions); Baudry-Lacantinerie

A cette solution nous devons toutefois apporter une restriction qui n'est, du reste, que l'application d'un principe que nous avons posé en étudiant les conditions d'exercice de l'action indirecte. Nous avons vu que les créanciers ne pouvaient exercer les actions de leur débiteur que tout autant qu'ils avaient un intérêt sérieux et légitime à agir. Or dans notre hypothèse, les créanciers n'auront intérêt à agir que lorsque l'héritier bénéficiaire restera inactif. S'il exerce les actions qui pouvaient appartenir au *de cujus*, l'intérêt des créanciers héréditaires sera sauvegardé et ils n'auront aucun motif pour entreprendre des poursuites qui conduiraient au même résultat en faisant double emploi. C'est donc bien à tort que l'on a invoqué à l'appui de la doctrine qui refuse aux créanciers héréditaires l'action indirecte, des considérations d'utilité pratique, en disant que seule cette doctrine pouvait éviter des complications et des frais.

Nous venons de voir quelle était la situation des créanciers héréditaires lorsque la succession était acceptée sous bénéfice d'inventaire. Il nous reste à indiquer quel est l'effet de l'acceptation bénéficiaire, au point de vue du

et Wahl, *Traité des successions*, t. II, n° 1743, p. 70. Ces auteurs pour justifier leur solution investissent la succession d'une personnalité morale. « Le débiteur, disent-ils, est la succession qui dans l'intérêt des créanciers a une existence juridique. » Mais il ne nous paraît pas nécessaire de faire revivre la fiction : « *Hereditas sustinet personam defuncti* », pour justifier cette doctrine. Le *de cujus* est représenté par l'héritier bénéficiaire, — Cass., 1er août 1849, S. 49.1.681 ; Trib. civ. Valence, 23 décembre 1892, *J. arr. Grenoble et Chambéry*, 1893, p. 54 ; C. Dijon, 29 mars 1897, D. 98.2.353 et la note ; S. 1900. 2.305 et la note de M. Wahl.

Il est à remarquer que la législation allemande confère à l'héritier bénéficiaire un rôle analogue à celui du syndic dans notre droit. — V. Drioux, *Bulletin de la Société de législation comparée*, année 1891.

droit que l'article 1166 confère aux créanciers personnels de l'héritier. Si celui-ci avait accepté purement et simplement, ses créanciers personnels auraient certainement pu exercer les actions qui intéressaient le patrimoine du défunt. En effet, le patrimoine du défunt se confond avec celui de l'héritier et la masse totale forme le gage des créanciers de l'héritier. Mais en est-il de même au cas d'acceptation bénéficiaire? Laurent (1) nie dans ce cas que le patrimoine du *de cujus* fasse partie du gage des créanciers personnels de l'héritier.

A l'appui de cette opinion, deux arguments ont été invoqués. On a dit d'abord que l'héritier bénéficiaire pouvait exercer les droits et actions faisant partie du patrimoine du défunt, à titre de mandataire. Or les créanciers ne peuvent exercer les actions qui appartiennent à leur débiteur à raison d'une qualité qui lui est toute personnelle. Or, telle est bien la nature juridique du mandat que la loi confère à l'héritier bénéficiaire.

On ajoute que l'acceptation bénéficiaire entraîne de plein droit la séparation des patrimoines (2). C'est là un principe admis d'une façon constante par la jurisprudence et qui est aussi reçu en doctrine. Eh bien ! à raison de cette séparation des patrimoines, l'héritier bénéficiaire agit comme représentant du patrimoine du défunt, patrimoine qui ne fait pas partie du gage de ses créanciers personnels. Les biens composant la succession sont affectés

(1) Laurent, t. X, n° 117. — V. dans le même sens un arrêt de la Cour de cassation du 19 mars 1850, qui refuse aux créanciers personnels le droit d'interjeter appel d'un jugement qui condamnait leur débiteur en sa qualité d'héritier bénéficiaire. S. 52.2.28.

(2) V. les nombreux arrêts cités par Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, t. II, n° 1711. — *Adde* : Montpellier, 10 avril 1899, *Gaz. Trib.*, 24-25 juillet 1899.

au paiement des créanciers héréditaires, et les créanciers personnels de l'héritier bénéficiaire n'y ont aucun droit.

Cette argumentation n'est pas sans réplique. Le premier argument tiré de ce que le débiteur exerce les droits et actions à raison de sa qualité d'héritier bénéficiaire, qualité essentiellement personnelle, ne prouve rien. En effet, si l'héritier agit comme administrateur, il agit aussi et surtout comme propriétaire. Nous reconnaissons d'ailleurs que l'on va trop loin quand on accorde aux créanciers le droit d'administrer à la place de l'héritier bénéficiaire. Nous ne croyons pas que l'article 1166 leur accorde cette faculté, mais il leur permet du moins d'exercer les actions qui font partie du patrimoine du débiteur quand l'héritier bénéficiaire néglige de le faire.

M. Laurent a si bien compris la faiblesse du premier argument qu'il en a invoqué un second, mais il ne paraît pas meilleur. On dit que le patrimoine du défunt ne fait pas partie du gage des créanciers personnels de l'héritier parce que l'acceptation bénéficiaire entraîne *ipso jure* la séparation des patrimoines. Sans attaquer le principe en lui-même, comme on pourrait le faire, car il n'est formulé par aucun texte, nous nous contenterons de remarquer que les biens héréditaires font bien partie, dans une certaine mesure, du gage des créanciers personnels de l'héritier bénéficiaire. En effet quand la succession aura été liquidée l'excédent de l'actif sur le passif appartiendra à l'héritier et par suite fera partie du gage des créanciers personnels. Ceux-ci ont donc intérêt à grossir cet excédent, et il n'y a aucune raison pour leur refuser dans ce but l'usage de l'action indirecte (1).

(1) Demolombe, t. XV, n° 180 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. II, n° 1857, *Successions* ; Desjardins, *Rev. prat.*, 1867, p. 202, qui cite

En résumé, l'acceptation bénéficiaire ne prive de la faculté de l'article 1166 ni les créanciers héréditaires, ni les créanciers personnels de l'héritier. Tous pourront agir quand l'héritier bénéficiaire restera dans l'inaction, parce que tous ont intérêt à ce que la liquidation du patrimoine du défunt se réalise dans les meilleures conditions possibles.

B. *Vacance de la succession.* — Après la mort du débiteur il peut encore arriver qu'aucun héritier ne se présente pour accepter la succession. Nous devons donc dire un mot de la situation des créanciers héréditaires quand il y aura vacance de la succession. Le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession nommera un curateur soit d'office, soit sur la demande des personnes intéressées, par exemple des créanciers héréditaires. Représentant légal de la succession vacante, le curateur doit l'administrer et la liquider, et son rôle ressemble beaucoup à celui d'un héritier bénéficiaire. C'est lui qui intentera les actions qui peuvent intéresser la succession. Mais s'il reste dans l'inaction, nous reconnaîtrons encore aux créanciers héréditaires le droit de suppléer à son inaction, et de poursuivre les tiers débiteur ou détenteur de biens héréditaires (1). Leur situation est en effet la même que lorsqu'il s'agit d'une acceptation bénéficiaire. Elle doit être régie par les mêmes principes.

Ainsi parmi les événements que nous venons de rappe-

en ce sens un arrêt de la Cour de Douai du 20 juin 1842, S.43.2.56. Cet arrêt autorise les créanciers personnels à affermer les biens de la succession en vertu de l'article 1166. Il est critiquable parce que l'article 1166 n'autorise pas les créanciers à s'immiscer dans la gestion du patrimoine de leur débiteur.

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *Successions*, t. II, n° 5275, p. 353; Grenoble, 21 décembre 1810, P. chr.

ler et dont nous avons étudié les effets au point de vue de l'article 1166, il n'y a que la faillite et la liquidation judiciaire qui entraînent une modification dans les conditions d'exercice de l'action indirecte. Nous croyons qu'on peut le regretter, et qu'il serait désirable d'admettre une doctrine opposée en ce qui concerne la déconfiture, si on consent jamais à organiser une procédure collective analogue à celle de la faillite sur ce point.

CHAPITRE VII

DE L'ACTION INDIRECTE AU POINT DE VUE DE LA LÉGISLATION COMPARÉE.

Après avoir étudié dans la législation française le principe posé par l'article 1166 du Code civil, et son fonctionnement, nous devons pour être complet rechercher si l'action indirecte se retrouve dans les principales législations étrangères.

On sait combien les études de législation comparée se sont développées dans ces dernières années et quelle importance de plus en plus grande tend à prendre cette branche de la science juridique. C'est qu'en effet en comparant les institutions les unes aux autres, en rapprochant leur fonctionnement et leurs effets on peut mieux se rendre compte des avantages et des inconvénients qu'elles présentent. Mais quelle que soit l'abondance de la littérature qui s'occupe aujourd'hui des législations étrangères, nous sommes obligés de reconnaître qu'elle ne nous fournit pas des renseignements fort nombreux en ce qui concerne le principe posé par l'article 1166 du Code civil.

La plupart des législations étrangères, pour ne pas dire toutes, ont admis l'action paulienne et réglementé ses conditions d'exercice et ses effets avec plus de détails que notre Code civil dans l'article 1167. Il n'en est pas de même de l'action indirecte à laquelle bien des Codes étrangers ne font aucune allusion.

On peut s'étonner de cette différence assez frappante, car en définitive ces deux actions procèdent d'une même idée et tendent vers un même but. On veut protéger les droits des créanciers qui ont suivi la foi de leur débiteur contre les risques et les dangers auxquels ce débiteur peut les exposer. L'action paulienne est une arme donnée aux créanciers contre la fraude de leur débiteur. L'action indirecte est-elle aussi une arme donnée aux créanciers contre l'inaction de leur débiteur, et cette inaction constitue en somme une fraude passive du débiteur à l'égard de ses créanciers. Il semble donc que toute législation devrait sauvegarder les droits des créanciers contre la fraude des débiteurs, et cela qu'il s'agisse de fraude passive ou de fraude active. Comment donc se fait-il que bien des législations ne contiennent aucune disposition législative analogue à notre article 1166, alors que l'action paulienne trouve sa place dans presque tous les Codes ?

Il est possible d'expliquer cette différence, à notre avis, en tenant compte des deux considérations suivantes.

D'abord la fraude active est plus dangereuse et plus fréquente que la fraude passive ou l'inaction. Elle est aussi plus blâmable et il est dès lors assez rationnel qu'un législateur recherche, avant tout, les moyens propres à la réprimer. On peut ajouter que le principe de l'action paulienne avait déjà été posé par les jurisconsultes romains qui avaient réglementé avec précision les conditions d'exercice et les effets de cette action. Aussi il est assez naturel que toutes les législations modernes qui s'inspirent des principes romains se soient approprié une institution qui avait déjà fait ses preuves. Nous avons vu au contraire, en faisant l'historique de l'action indirecte que cette action avait une origine plus récente et que ses conditions d'exer-

cice et ses effets n'avaient jamais été réglementés par une disposition législative impérative. Aussi certaines législations ont-elles passé sous silence l'action indirecte afin d'éviter les nombreuses difficultés que peut engendrer son application dans la pratique (1).

Mais la considération dont il faut surtout tenir compte et qui est de beaucoup la plus importante, c'est que l'on peut atteindre le but vers lequel tend l'action indirecte en usant d'un autre moyen qui présente plus d'avantages, c'est-à-dire en organisant la déconfiture.

Au cours de notre étude, nous avons pu nous convaincre que la faculté accordée aux créanciers par l'article 1166 d'exercer les droits et actions de leur débiteur n'apparaissait comme réellement utile et nécessaire que lorsque le débiteur était insolvable. Sans doute, l'insolvabilité du débiteur n'est pas dans notre législation une condition à laquelle est subordonnée la mise en mouvement de l'action indirecte. Alors même que le patrimoine du débiteur comprend des éléments actifs saisissables sur lesquels les créanciers pourraient obtenir leur paiement, ceux-ci peuvent, s'ils le préfèrent et s'ils y ont intérêt, user de l'article 1166 pour faire rentrer dans ce patrimoine d'autres éléments saisissables. Mais lorsqu'on se trouve en présence de cette situation, l'exercice des actions du débiteur n'apparaît pas comme une nécessité immédiate et inéluctable, et on conçoit que l'article 1166 puisse alors paraître inutile. Son importance n'apparaît réellement que lorsque le patrimoine du débiteur ne contient aucun élément actif saisissable, sur lequel les créanciers puissent obte-

(1) V. sur ce point : Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Introd., p. 48 et t. II, p. 395, note 1.

nir leurs paiements. Alors l'action indirecte paraît indispensable pour permettre la réalisation des éléments actifs.

Mais ce résultat peut être atteint par d'autres voies : il suffit d'étendre le domaine des saisies et de déclarer susceptibles d'exécution forcée les éléments actifs compris sous le nom de « droits et actions » du débiteur, ou encore on peut organiser une liquidation générale du patrimoine du débiteur. Dans ce cas, ce n'est plus tel ou tel créancier qui exercera les actions de son débiteur pour faire rentrer dans le patrimoine de celui-ci un élément actif sur lequel il obtiendra son paiement. C'est un représentant de tous les créanciers, remplissant des fonctions analogues à celles des syndics en matière de faillite qui liquidera ce patrimoine dans l'intérêt de tous. Cette substitution du régime de la déconfiture au régime des poursuites individuelles, n'est pas sans présenter de réels avantages à bien des points de vue, ainsi que nous l'avons signalé. Elle est acceptée par un grand nombre de législations étrangères qui ont été ainsi amenées à passer sous silence le principe posé par l'article 1166 de notre Code.

Nous adopterons donc la division suivante. Dans un premier paragraphe nous indiquerons quelles sont les législations qui n'ont pas organisé le régime de la déconfiture et qui contiennent des dispositions analogues à notre article 1166.

Dans un second paragraphe, nous étudierons rapidement les législations qui ont soumis au régime de la faillite les non-commerçants et nous constaterons que ces législations repoussent en général le principe de l'action indirecte.

Nous verrons enfin qu'il n'est pas impossible d'admettre à la fois le régime de la faillite et le principe de l'action indirecte.

§ 1. — Législations qui n'ont pas soumis les non-commerçants au régime de la faillite et qui contiennent des dispositions analoguesà notre article 1166.

Législation belge. — On peut ranger dans cette catégorie la législation belge. Le Code civil belge reproduit notre article 1166 sans en changer la teneur. Aussi cette disposition législative a soulevé en Belgique les mêmes difficultés qu'en France, et elles ont été tranchées de la même façon (1).

Législation italienne. — De même, le Code civil italien de 1865 reproduit dans son article 1234 le principe posé par l'article 1166 duCode civil français, et cela dans des termes à peu près identiques. Cette disposition législative est ainsi conçue : « Les créanciers, pour obtenir le recouvrement de ce qui leur est dû, peuvent exercer tous les droits et actions du débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne de ce débiteur » (2). La théorie de ces obligations, d'une manière générale, et si l'on fait abstraction de quelques différences de détail, se retrouve dans le Code civil italien telle qu'elle existe dans notre propre Code que les jurisconsultes italiens ont suivi pas à pas.

Législation suisse. — On sait que la législation suisse n'est pas uniforme et qu'il faut tenir compte des nombreuses législations cantonales. Il est vrai que la théorie des obligations a été réglementée dans le *Code fédéral des obligations*, mis en vigueur à dater du 1er janvier 1883, et que ce Code est commun à tous les cantons suisses, mais

(1) Voir les nombreuses décisions de jurisprudence citées par G. Beltjens dans : *Les Codes belges annotés*, p. 677-680 et sur l'utilité d'une procédure collective de liquidation. V. Laurent, *Avant-projet de réforme du Code civil belge*, t. IV, tit. III.

(2) *Code civil italien*, traduit et annoté par Henri Prudhomme.

ce Code ne parle précisément pas de l'action indirecte, et ne contient aucune disposition analogue à notre article 1166. En présence de ce silence, la question se pose de savoir si l'action indirecte doit toujours être refusée aux créanciers, alors même que la législation cantonale qui les régit en consacre l'existence. Cette question assez discutée a donné naissance à diverses théories (1), mais on décide en général que les créanciers ne peuvent intenter l'action indirecte. On considère en effet qu'il faut considérer comme non existantes les dispositions des législations cantonales qui ne concordent pas avec le Code fédéral (2).

En adoptant cette doctrine, il faut toutefois observer que lorsqu'il s'agira de « droits et actions », auxquels le Code fédéral ne s'applique pas, il faudra encore tenir compte des législations cantonales. Il n'est donc pas sans intérêt de rechercher si, parmi les législations particulières, il en est qui consacrent le principe posé par l'article 1166 de notre Code civil. Or il y en a précisément qui présentent beaucoup d'analogie avec notre Code civil et ont admis le principe général de l'action indirecte. Tel est par exemple le Code civil Neufchâtelois dans son article 946. Tel est encore le Code civil du Valais dans son article 1049. Dans ces cantons les créanciers pourront donc dans certains cas intenter l'action indirecte (3).

(1) Voy. Hafner, édition annotée du *Code fédéral des obligations*, introduction, p. 21 et s.

(2) V. sur ce point Virgile Rossel, *Manuel du droit civil de la Suisse romande*, p. 330 et s., et *Manuel du droit fédéral des obligations*, n° 143, p. 169.

(3) Nous avons rangé la Suisse parmi les législations qui n'ont pas soumis les non-commerçants au régime de la faillite. Mais il importe de remarquer que la législation suisse occupe en réalité

§ 2. — **Législations qui ont soumis les non-commerçants au régime de la faillite civile et qui ne contiennent aucune disposition analogue à notre article 1166.**

Législation allemande. — Le nouveau Code civil allemand ne contient aucune disposition relative à l'action indirecte pas plus qu'à l'action paulienne. Ce qui touche à cette dernière action doit être cherché dans le « Code du concours » ou *Concurs ordnung*, obligatoire dans l'empire d'Allemagne depuis le 1er octobre 1879, ainsi que dans une loi du 21 juillet 1879 relative à l'annulation des actes frauduleux et également obligatoire depuis le 1er octobre 1879.

Quant à l'action indirecte, elle n'existe pas dans la législation allemande, et cette législation n'a pu passer sous silence cette institution que parce qu'elle a assimilé d'une manière complète les non-commerçants aux commerçants pour les soumettre aux mêmes règles de concours. Ainsi lorsque le débiteur sera insolvable, et cette insolvabilité

une place à part parmi toutes les autres législations. En effet la loi fédérale du 11 avril 1889 applicable à toute la Suisse a conservé à la fois le régime des saisies et celui de la faillite, mais elle a abandonné la distinction entre les commerçants et les non-commerçants. Les premiers sont tenus de se faire inscrire sur le « Registre du commerce » et sont soumis à la procédure de liquidation collective. Quant aux non-commerçants ils sont libres de se faire inscrire sur le registre et de se soumettre au régime de la procédure collective, mais s'ils n'en font pas la demande ils restent soumis au régime des saisies (Voir sur cette organisation : Dupin, Thèse de doctorat, 1900. *De la faillite civile ; nécessité de son organisation*, p. 131-154). Il résulte de cette organisation qu'une disposition législative analogue à l'article 1166 de notre Code paraît moins utile dans la législation suisse que dans la législation française et on peut ainsi justifier dans une certaine mesure le silence de la loi fédérale sur ce point.

sera constatée par l'impossibilité où il se trouve de payer, *Zahlungs Unfähignit* (1), les créanciers n'auront pas besoin de chercher à réaliser les éléments actifs consistant dans les droits et actions que le débiteur peut avoir contre un tiers. Il leur suffira de demander l'ouverture du concours et le patrimoine de leur débiteur, qui est dessaisi du droit d'administrer ses biens, sera liquidé par les soins du syndic. C'est donc le syndic qui intentera les actions qui pouvaient compéter au débiteur. Notons seulement que suivant le § 8 du Code du concours, lorsque le syndic ne croira devoir continuer un procès engagé par le failli, le tiers défendeur pourra poursuivre l'instance avec le failli ; mais il n'aura alors comme garantie que les biens à venir du failli.

C'est donc l'existence d'une procédure collective de liquidation du patrimoine du débiteur insolvable qui peut expliquer l'inexistence dans la législation allemande du principe consacré par l'article 1166 de notre Code civil. C'est qu'en effet, c'est surtout lorsque le débiteur est insolvable que l'action indirecte peut être utile aux créanciers, et nous venons de voir que dans cette hypothèse la loi du concours rend cette institution inutile.

Législation anglaise. — La législation anglaise ne connaît pas non plus d'institution analogue à notre action indirecte. Aucune disposition législative n'admet que les droits qui existent au profit d'un débiteur puissent être exercés *ipso jure* par les créanciers. Une cession volontaire

(1) Bien que les non-commerçants soient complètement assimilés aux commerçants, le juge compétent pour prononcer l'ouverture du concours se montrera plus sévère pour les commerçants parce que le commerce exige une ponctualité absolue.

est toujours nécessaire (1) en principe. Il n'en est autrement qu'au cas de faillite, où nous allons voir le *trustee* (syndic) substitué au failli dans l'exercice de ses droits et actions. Or en Angleterre comme en Allemagne la faillite s'applique à tout débiteur qu'il soit ou non commerçant, en laissant bien entendu de côté les sociétés qui sont soumises à un régime spécial. Et c'est encore là le motif que la législation anglaise puisse se passer d'une institution qui nous paraît indispensable dans notre droit ; l'utilité d'une action indirecte ne serait pas bien grande dans la législation anglaise puisqu'au cas d'insolvabilité du débiteur les créanciers se trouvent représentés par un syndic chargé d'intenter toutes les actions qui peuvent appartenir au failli. Nous pouvons encore ranger dans cette catégorie les législations autrichienne et hongroise. Ces législations ne contiennent aucune disposition analogue à notre article 1166, mais cette lacune ne doit pas présenter de graves inconvénients parce que ces deux législations ont admis à des degrés différents, il est vrai, l'assimilation des non-commerçants aux commerçants au point de vue des règles de la faillite.

Nous en disons autant des *législations russe* et *suédoise* (2) qui ne connaissent pas non plus l'action indirecte, mais qui appliquent les règles de la faillite aux non-commerçants.

En terminant cette énumération, disons un mot des

(1) Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*.

(2) La loi suédoise sur la faillite du 18 septembre 1882, a abrogé quelques dispositions comprises dans le titre « du commerce ou des obligations » du Code de 1734, et ayant trait au débiteur insolvable. — V. sur ce point : Raoul de la Grasserie, *Les Codes suédois de* 1734, p. 46 à 47.

coutumes kabyles qui ont aussi remplacé l'action indirecte par une procédure qui se rapproche beaucoup de la déconfiture. Les créanciers kabyles peuvent user du droit d'intervention. Ils peuvent intervenir dans leur procès, à propos d'une donation, d'un partage, mais ils ne peuvent pas exercer les droits et actions de leur débiteur. Ils ne sont pas cependant laissés sans aucune protection et voici comment cette protection est organisée, ainsi que l'exposent MM. Hanoteau et Letourneux dans leur ouvrage : « La Kabylie et les coutumes kabyles » : « Si la situation de leur débiteur leur paraît inquiétante, les créanciers se réunissent sur la convocation de l'un d'entre eux. Ils établissent en commun le bilan de leur débiteur, et si celui-ci n'est pas en mesure de les satisfaire, ils se partagent dans la mesure de leurs droits respectifs les actions que celui-ci peut avoir contre des tiers. Une publication prévient le village qu'il est interdit de contracter avec le débiteur et d'opérer aucun paiement entre ses mains (1). » Ce n'est que lorsque les créances actives sont insuffisantes pour désintéresser les créanciers que ceux-ci peuvent se payer sur les meubles et ensuite sur les immeubles. On voit donc bien qu'ici encore la réalisation collective du patrimoine du débiteur rendait en grande partie inutile une institution analogue à l'action indirecte.

Ainsi des explications que nous venons de donner, il semble bien résulter qu'il y a une certaine corrélation à établir entre l'action indirecte et l'organisation de la faillite civile. La seconde institution supplée à la première et lui enlève une grande partie de son utilité. Il ne faudrait pas cependant conclure de cette remarque que toute

(1) *La Kabylie et les coutumes kabyles*, t. II, p. 253.

législation qui restreint la procédure collective de la faillite aux commerçants, admette nécessairement le principe de l'action indirecte.

Cette conclusion ne serait pas exacte pour la législation du Portugal, par exemple. En effet, le Code de commerce portugais de 1833, modifié par la loi du 28 juin 1888 restreint la faillite aux commerçants et cependant le Code civil du 1er janvier 1867 ne pose pas un principe analogue à celui qui découle de l'article 1166 du Code civil. On a, il est vrai, quelquefois rapproché de notre article 1166 l'article 1038 du Code civil portugais, ainsi conçu : « La rescision (d'une convention) peut avoir lieu soit que le débiteur ait aliéné des biens qu'il possédait réellement, soit qu'il ait renoncé aux droits qui lui étaient échus et qui n'étaient pas exclusivement attachés à sa personne » (1). Mais cette disposition qui se trouve dans la section intitulée : « Des actes et des contrats passés au préjudice des tiers » nous paraît être une application de l'action paulienne bien plus que de l'action indirecte. Nous ne croyons donc pas que la législation portugaise admette le principe de l'action indirecte.

De même la législation des Pays-Bas n'admet pas le principe de l'action indirecte. Le Code civil qui date du 15 mai 1829 et qui n'est qu'une révision de notre Code civil français introduit en Hollande en 1811, reproduit à peu près intégralement notre théorie des obligations. Mais la disposition de l'article 1166 a été passée sous silence. Le législateur neerlandais a, paraît-il, considéré que cette

(1) Code portugais, traduct. Lepelletier, p. 205. Cet auteur rapproche précisément de l'article 1038 du Code portugais, l'article 1166 de notre Code, et l'article 1111 du Code espagnol.

disposition était inexacte dans sa généralité et pleine de difficultés dans son application (1).

D'autre part, le Code de commerce néerlandais de 1838 fait de la faillite un régime spécial aux commerçants. Il en résulte que l'action indirecte a été dans cette législation supprimée purement et simplement, sans être remplacée par une autre institution.

Mais il est probable que cette lacune ne tardera pas à être comblée, car un projet de loi sur les faillites a été présenté à la Chambre des députés le 9 décembre 1890 (2). Or ce projet étend le régime de la faillite aux non-commerçants.

§ 3. — Législation qui admet le principe de l'action indirecte et qui réglemente la faillite des non-commerçants.

Dans cette catégorie il faut faire figurer la législation espagnole. Le Code civil espagnol du 24 juillet 1889 consacre en effet, le principe de l'action indirecte dans son article 1111 ainsi conçu : « Les créanciers après avoir, pour obtenir paiement de ce qui leur est dû exproprié les biens dont leur débiteur était en possession, peuvent dans le même but exercer tous ses droits et actions, en exceptant ceux qui sont attachés à sa personne. Ils peuvent également attaquer les actes que le débiteur a faits, en fraude de leurs droits (3) ».

D'autre part, ce même Code dans ses articles 1914 à 1920, réglemente la faillite des non-commerçants. La déconfiture est judiciairement déclarée et le débiteur est dessaisi de

(1) Anthoine de Saint-Joseph, *op. cit.*, t. I, p. 395, note 1.

(2) *Bulletin de la Soc. de lég. comp.*, année 1890-1891, article de M. Mulder.

(3) Code civil espagnol, traduit et annoté par Levé.

l'administration de ses biens (art. 1914), ses dettes deviennent exigibles et ne produisent plus d'intérêt (art. 1915 et 1916) ; si les créanciers convoqués en assemblée refusent le concordat, les biens sont liquidés (art. 1917).

Il est intéressant de remarquer la coexistence de la déconfiture et de l'action indirecte. Celle-ci n'aura plus à jouer dans une pareille législation qu'un rôle assez effacé, mais elle ne sera pas sans utilité et les rédacteurs du Code espagnol ont peut-être eu raison de croire qu'une bonne législation ne saurait jamais trop protéger les droits des créanciers. C'est en effet en assurant la sauvegarde de ces droits que l'on peut fortifier et développer le crédit privé (1).

Nous avons ainsi passé rapidement en revue les principales législations européennes au point de vue de l'action indirecte, et nous devons maintenant tirer une conclusion de cette esquisse légère. Nous avons constaté une tendance

(1) Parmi les législations qui soumettent les non-commerçants au régime de la procédure collective de liquidation, toutes n'adoptent pas le même régime. Les unes organisent deux procédures distinctes pour les commerçants et les non-commerçants. C'est le régime de l'Autriche, la Suède et la Norvège, l'Espagne, la Russie. D'autres, au contraire, ont créé une procédure unique pour tous. C'est le régime de l'Allemagne, de l'Angleterre. Nous avons laissé cette distinction de côté parce que nous nous sommes placés à un point de vue très général ; nous avons seulement voulu montrer quelle pouvait être l'influence de l'organisation de la déconfiture sur la faculté accordée aux créanciers par l'article 1166 du Code civil, sans entrer dans les détails de cette organisation. Indiquons seulement que la question de savoir s'il serait préférable en France d'adopter le premier ou le second de ces régimes est assez discutée. — V. en faveur de la théorie de l'unité de la faillite : Thaller, *Des faillites en droit comparé*, t. I, p. 126 et en faveur d'une distinction entre la faillite des commerçants et celle des non-commerçants : Dupin, thèse de doctorat, p. 180-197.

très marquée à organiser une réglementation de la déconfiture, et la législation française se trouve à ce point de vue trop en arrière. Il faut en revenir aux principes du droit romain et de la *bonorum venditio* puisque cette évolution regressive marquerait un réel progrès. C'est là le seul moyen de créer une égalité parfaite dans le concours des divers créanciers, égalité que l'application des principes mis en jeu par l'action indirecte vient trop souvent violer. Cette réforme nous paraît donc très désirable parce qu'elle aurait pour effet de fortifier les droits des créanciers, et par conséquent le crédit privé, et parce qu'elle est de nature à satisfaire le principe de l'égalité qui est l'âme de la nation française.

A côté de la déconfiture organisée et réglementée l'action indirecte peut survivre. Elle perdra de son importance, mais ce ne sera pas un mal puisque nous avons eu l'occasion de constater que cette institution, telle qu'elle fonctionnait dans notre droit français, n'était pas sans prêter le flanc à de nombreuses critiques.

CHAPITRE VIII

DES CAS OU LES CRÉANCIERS JOUISSENT D'UNE SITUATION PRIVILÉGIÉE PAR RAPPORT A CELLE QUE LEUR FAIT L'ARTICLE 1166 DU CODE CIVIL.

Nous avons vu, qu'en principe, l'exercice des droits du débiteur ne confère au créancier poursuivant aucun droit exclusif vis-à-vis des autres créanciers, lorsque l'action est régulièrement intentée. Au contraire, lorsque le débiteur n'est pas mis en cause et qu'un créancier agit seul il n'y a que ce créancier qui peut se prévaloir du produit de l'action. C'est à son égard seulement que le droit de propriété ou le droit de créance est reconnu et lui seul peut procéder aux voies d'exécution. Mais il n'y a là aucun privilège. Le privilège en effet, d'après la définition que nous en donne le législateur dans l'article 2095 du Code civil, « est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires ». Or le droit exclusif qui peut naître au profit du créancier poursuivant, quand il se trouve avoir seul usé du droit que lui confère l'article 1166, trouve sa base non pas dans la qualité de la créance, mais bien dans l'inertie des autres créanciers et dans le principe de la relativité des jugements. En fait le créancier poursuivant se trouve dans la même situation que s'il avait un privilège, mais il ne pouvait espérer cette situation privilégiée qui est le résultat d'un concours de circonstances purement fortuites et que la loi ne sanctionne pas.

Pour trouver des cas où les créanciers qui usent de la faculté que leur confère l'article 1166 du Code jouissent d'un véritable privilège les uns vis-à-vis des autres, il faut se placer dans des situations spécialement réglementées par le législateur, notamment par celles qui sont prévues par les article 1753, 1798, 1994 du Code civil. L'on oppose en général ces articles à l'article 1166, et l'on a coutume de dire qu'ils confèrent à certains créanciers soit des actions indirectes privilégiées, soit des actions directes. Nous étudierons donc dans une première section, les actions indirectes privilégiées ; dans une seconde section, nous rechercherons s'il existe des actions directes, et enfin dans une troisième section qui servira de conclusion à notre thèse, nous verrons s'il est possible de généraliser la conception de l'action directe, et si l'article 1166 du Code civil n'entend pas autoriser les créanciers à agir directement dans tous les cas contre les débiteurs de leur débiteur.

SECTION I. — Des actions indirectes privilégiées.

Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans une étude approfondie de chacune des dispositions législatives où l'on a vu la consécration d'une action indirecte privilégiée. Leur interprétation a soulevé des difficultés nombreuses et délicates qui ont été examinées non seulement dans les traités généraux de droit civil, mais encore dans de nombreuses monographies (1) et dans quelques thèses récen-

(1) Sur l'action directe de l'article 1753 : Coin-Delisle, *Rev. crit.*, 1853, *Examen doctrinal*, p. 749 ; Guillouard, « De la sous-location et de la cession de bail », *Rev. crit.*, 1882, p. 178 et suiv. — Sur l'action directe de l'article 1798 : Trencart, « De l'action directe accordée aux ouvriers par l'article 1798 », *Rev. crit.*, 1872-1873, p. 411. — Sur l'ac-

tes (1). Notre but est de nous placer à un point de vue très général et de chercher à dégager quelles sont les idées dominantes qui se sont fait jour dans cette abondante littérature.

Exposons d'abord aussi brièvement que possible quelles sont ces situations où il peut être question d'actions directes suivant les uns, d'actions indirectes privilégiées suivant les autres.

C'est tout d'abord celle qui est prévue par l'article 1753. Primus loue la maison A à Secundus et Secundus la sous-loue à Tertius. La question est de savoir quels sont les rapports juridiques que ce contrat de sous-location peut faire naître entre Primus bailleur et Tertius sous-locataire. Si nous n'avions aucune disposition législative sur ce point et si l'on devait appliquer purement et simplement les principes du droit commun, il n'y aurait aucune difficulté. Primus bailleur primitif est créancier du preneur Secundus et, d'autre part, Secundus sous-bailleur est créancier de Tertius sous-preneur. Il faudrait en conclure que Primus ne peut poursuivre Tertius qu'en exerçant l'action de Secundus, conformément au principe posé par l'article 1166 du Code civil. Mais la question est précisément de

tion directe de l'article 1994 : Drujon, « De l'action directe du mandant contre le mandataire substitué », *Rev. crit.*, année 1877, p. 628.

La question est envisagée à un point de vue plus général par M. Labbé, « Des privilèges spéciaux sur les créances », *Rev. crit.*, année 1876, p. 571 et 665 et par M. Balleydier, *Rev. crit.*, année 1886, p. 415, 523 et 568.

(1) Sur l'action directe de l'article 1753 : V. Brugnon, *Des sous-locations et cessions de bail*, Paris, 1894 ; Yver, même titre, Dijon, 1899 ; Bezin, *Essai sur la nature jnridique de quelques actions dites directes*. — Sur l'action directe des articles 1753 et 1798 : Bœuf, *Etude sur l'action directe en matière de louage*, Paris, 1898.

savoir si le législateur n'a pas voulu apporter une dérogation à ce principe général et faire au bailleur une situation privilégiée. Or, il est difficile de se prononcer en présence de la formule assez vague de l'article 1753 ainsi conçu : « Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation... ».

Il est à remarquer que la question se pose aussi au point de vue du sous-locataire. A raison des créances qui peuvent naître à son profit il peut agir contre le sous-bailleur son créancier ; il peut aussi agir contre Primus le bailleur primitif en exerçant les droits de Secundus le sous-bailleur ; mais il s'agit de savoir s'il peut agir directement contre Primus.

Envisageons d'abord la situation du bailleur. Certains auteurs (1) ont soutenu qu'il ne pouvait pas poursuivre directement le sous-locataire. L'article 1753 n'aurait pas pour but de conférer au bailleur un droit de préférence vis-à-vis des autres créanciers du preneur agissant en vertu de l'article 1166, mais seulement de restreindre l'étendue du privilège qui appartient à tout bailleur sur les meubles qui se trouvent dans la maison louée (art. 2102, C. civ.). Le bailleur ne jouira de son privilège que jusqu'à concurrence du montant des loyers dont le sous-locataire sera débiteur au moment de la saisie. C'était la solution donnée par la Coutume de Paris dans son article 162 ; c'est celle qui a été reproduite par l'article 820 du Code de procédure. Tel étant le but de l'article 1753, il

(1) Laurent, t. XXV, n° 200 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, n° 938 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du contrat de louage*, t. I, n° 858.

en résulte qu'il n'établit aucune obligation personnelle à la charge du sous-locataire vis-à-vis du bailleur, et celui-ci ne pourra recourir qu'à l'action indirecte conformément au droit commun.

Néanmoins cette opinion est généralement rejetée. Elle supposerait, en effet, que les mots « au moment de la saisie » visent la saisie-gagerie et que l'expression : « le sous-locataire n'est tenu » signifie « n'est tenu réellement ». Or comme ces deux points sont loin d'être démontrés, il faut en conclure que « l'article 1753 ne s'occupe pas uniquement de l'obligation réelle qui pèse sur les meubles du sous-locataire et qu'il a pour but de conférer au bailleur un véritable droit de préférence ».

Mais ce point de départ admis, il faut déterminer comment va fonctionner ce droit de préférence. Et ici, nous trouvons deux tendances divergentes et nettement marquées. Les uns accordent au bailleur une action directe, les autres une action indirecte privilégiée.

L'existence d'une action directe et personnelle au profit du bailleur est reconnue par la majorité des auteurs dans la doctrine et par une jurisprudence solidement établie. Elle nous paraît cependant impossible à admettre en l'état actuel de notre législation. Cette doctrine vient en effet se heurter à une objection à la fois très simple et très sérieuse : elle est contraire au principe de la relativité des contrats. L'article 1165 dispose que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Ceux qui n'y ont pas été parties ni représentés ne peuvent pas en souffrir et ne doivent pas en profiter. En matière de sous-location, il faut en conclure que le bailleur ne peut acquérir un droit contre le sous-locataire, qui n'a pas contracté avec lui mais avec le sous-preneur.

On dira peut-être que le législateur, après avoir posé le principe de la relativité des contrats, était libre d'y apporter des exceptions. Il a apporté à ce principe une première dérogation en autorisant dans l'article 1121 la stipulation pour autrui ; il a bien pu consacrer une seconde dérogation dans l'article 1753. Cela serait fort bien si on pouvait affirmer que telle a été l'intention du législateur, mais cet article du Code est assez obscur, et l'on discute précisément la question de savoir si le législateur a songé à cette action directe. Or les antécédents historiques de l'article 1753 sont loin de prouver que le législateur ait entendu créer une obligation personnelle trouvant sa source dans la loi à la charge du sous-locataire, vis-à-vis du bailleur primitif. Ferrière (1), dans l'interprétation qu'il donne de l'article 162 de la Coutume de Paris, ne parle que de l'obligation réelle qui pèse sur les meubles du sous-locataire. De même Pothier, dans son *Traité du louage* ne parle pas d'action directe (2). Quant aux travaux préparatoires, ils nous indiquent que l'article 1753 ne figurait pas dans le projet primitif et qu'il a été ajouté sur une proposition du tribunal de Lyon afin de se conformer à une jurisprudence constante. Dans son rapport au Tribunat, le tribun Mouricault (3) l'interprète ainsi : « Quand le locataire sous-loue, il faut que ce soit sans porter atteinte aux sûretés comme aux droits du propriétaire. Celui-ci doit trouver dans les sous-locations une garantie équivalente à celle que lui procurerait

(1) Ferrière, *Corps et compilation,* Glose unique sur l'article 162. — V. aussi : Bœuf, thèse de doctorat, nos 15 et suiv., et Bézin, thèse de doctorat, nos 44 et suiv.

(2) Pothier, *Traité du louage*, nos 234 et 236.

(3) Fenet, t. IV, p. 201 et t. XIV, p. 332.

l'occupation personnelle du locataire direct ; ce sont les loyers à payer par les sous-locataires et leurs meubles qui doivent lui fournir cette garantie ». Il semble bien résulter de ce passage du rapport que l'article 1753 confère un droit de préférence au bailleur primitif, mais il n'est nullement question d'une action directe.

Il paraît donc impossible de soutenir que le sous-locataire serait tenu d'une obligation personnelle en vertu de la loi elle-même, et les auteurs se sont efforcés d'établir l'existence d'un lien de droit existant entre le bailleur et le sous-locataire.

Dans ce but on a fait intervenir l'idée de représentation, et M. Guillouard a soutenu que le preneur qui sous-louait devait être considéré comme le *mandataire du bailleur*. Mais comment expliquer l'existence de ce mandat tacite ? L'objection n'est pas faite pour embarrasser cet auteur qui déclare qu'« en louant la chose sans interdire la faculté de sous-louer, le bailleur a virtuellement donné mandat au locataire principal de choisir si bon lui semblait des sous-locataires » (1).

Nous retrouvons ici le procédé employé pour échapper aux conséquences rigoureuses du principe de la relativité des jugements, et au principe de la relativité des contrats. Nous n'insisterons pas sur son caractère artificiel parce que cette doctrine est restée sans succès. Comment en effet conclure de ce que le bailleur autorise son locataire à sous-louer, à ce qu'il lui donne le mandat de sous-louer.

Autorisation et mandat sont deux choses bien différentes, et d'ailleurs cette doctrine conduirait logiquement à

(1) Guillouard, t. I, n° 339, *Traité du louage*, et *Rev. crit.*, 1882, « De la sous-location et de la cession de bail ».

décider que le sous-bailleur n'étant qu'un mandataire, n'est pas le créancier du sous-locataire. Or nous croyons que M. Guillouard lui-même hésiterait à admettre une pareille conséquence.

Il ne faut pas davantage songer à faire du sous-bailleur le *gérant d'affaires* du bailleur, car cette explication se heurterait aux mêmes objections que la théorie du mandat. La gestion d'affaires suppose chez le gérant l'intention d'agir dans l'intérêt du géré. Or quand un locataire sous-loue, il est incontestable qu'il agit dans son intérêt et non dans celui du bailleur.

On a alors cherché la base de l'action directe que l'on reconnaît au bailleur dans l'occupation des lieux par le sous-locataire, et c'est la doctrine suivie par la majorité des auteurs (1), et par une jurisprudence constante (2). A l'appui de cette opinion on invoque notre ancien droit, et l'on ajoute que le fait de l'occupation des lieux par le sous-locataire engendre un quasi-contrat, source de l'action directe du bailleur. Mais nous avons indiqué que nos anciens auteurs n'avaient jamais parlé que de l'obligation réelle pesant sur les meubles des sous-locataires. D'ailleurs, sur quel texte se baserait-on pour affirmer que le seul fait de l'occupation oblige le sous-locataire directement envers le bailleur, et de quel droit créérait-on un quasi-contrat nouveau dont le Code civil ne parle pas (3).

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 494 ; Demolombe, t. XXV, n° 135 ; Marcadé sur l'art. 1753, p. 489 ; Troplong, *Traité du contrat de louage*, t. I, n° 128 et t. II, n° 538.

(2) Cass., 24 janvier 1853, S. 53.1.321 ; Cass., 2 juillet 1873, S. 73.1.323 ; Cass., 8 novembre 1882, S. 84.1.333 ; Cass., 13 janvier 1892, S. 92.1.89 ; Trib. civ. Seine, 8 août 1895, *Le Droit*, 15 septembre 1895.

(3) M. Coin-Delisle (*Rev. crit.*, 1853, p. 749) explique l'existence

On a enfin fait intervenir la théorie de la stipulation pour autrui pour justifier le prétendu lien de droit qui existerait entre le bailleur et le sous-locataire.

Etant donné qu'il s'agit de justifier une dérogation au principe de la relativité des contrats, on devait songer à faire rentrer l'action directe dans l'exception admise par la loi. Aussi cette idée a été mise en avant d'assez bonne heure. « N'est-ce pas dans une stipulation pour autrui réelle ou supposée par la loi qu'il faut trouver l'origine de ce lien de droit? Le législateur n'a-t-il pas dû penser que le sous-bailleur en exigeant un prix de location du sous-locataire entendait que ce prix servit à désintéresser le bailleur.» Telle est l'explication proposée par M. Bourgeois dans une thèse déjà ancienne (1). Cette idée a été reprise par M. Yver dans sa thèse (2) : « Le preneur primitif, dit-il, peut parfaitement faire une stipulation pour le bailleur, car elle est la condition d'une stipulation faite pour le preneur primitif lui-même et qui est la sous-location ». Cela est exact, mais pour qu'il y ait stipulation pour autrui encore faut-il que le stipulant ait eu l'intention de rendre créancier le tiers en faveur de qui il stipule. Or est-il possible d'attribuer au sous-bailleur cette intention? Nous ne le croyons pas ; il agit uniquement dans son intérêt, son but étant d'utiliser un logement, dont il ne peut pas se servir. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle aboutit

du quasi-contrat d'une manière qui lui est personnelle. C'est le défaut de paiement de la part du sous-locataire au sous-bailleur qui donne naissance à l'action directe du bailleur, et cette action ne date que du moment de la saisie.

(1) Bourgeois, thèse de doctorat précitée, Paris, 1875, p. 117.

(2) Yver, *Des sous-locations et cessions de baux*, thèse de doctorat, Dijon, 1899, p. 136 et 137, et Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse de doctorat, 1898, p. 397.

M. Yver, et qui suffit à notre avis pour rejeter l'explication basée sur la théorie de la stipulation pour autrui.

Ainsi parmi les nombreuses explications qui ont été proposées pour justifier l'existence d'un lien de droit entre le bailleur et le sous-locataire, aucune ne paraît acceptable. Pour donner au bailleur une situation préférable à celle des autres créanciers du preneur, il faut donc faire appel à une autre conception que celle de l'action directe. Il faut lui reconnaître une action indirecte privilégiée. C'est là à notre avis la seule explication que l'on puisse donner de l'article du Code civil. Le bailleur ne pourra agir contre le sous-locataire qu'en vertu de l'article 1166, mais nous lui reconnaissons un privilège sur la créance du sous-bailleur contre le sous-locataire, grâce auquel il primera les autres créanciers du preneur primitif (1). On objectera peut-être qu'il est inutile de concéder un privilège au créancier, puisque nous avons reconnu que l'exercice de l'action indirecte pouvait dans certaines circonstances conférer un droit exclusif au créancier poursuivant sur le produit de l'action. Pour écarter cette objection, il suffit de faire remarquer que le droit exclusif du créancier poursuivant trouve sa source dans l'inaction des autres créanciers. Or cette inaction est fort rare ; il faut aussi pour que ce droit exclusif existe, que le débiteur n'ait pas été mis en cause, ce qui n'arrivera presque jamais dans la pratique. Il est donc bien nécessaire, pour respecter l'intention du législateur qui a voulu faire dans tous les

(1) Dans la théorie de l'action directe, comme dans celle de l'action indirecte privilégiée, on reconnaît un droit de préférence au bailleur sur les autres créanciers du sous-bailleur ; mais si on admet cette dernière théorie, il faut décider que le bailleur pourra se voir opposer les exceptions que le sous-locataire aurait pu opposer au sous-bailleur. La théorie de l'action directe diffère sur ce point.

cas au bailleur une situation privilégiée, d'accorder à ce bailleur une action indirecte privilégiée.

Il nous reste maintenant à rechercher si l'on peut admettre en l'état actuel de notre législation un privilège sur une créance. M. Labbé dans son remarquable article. « Des privilèges spéciaux sur les créances » (1), a démontré que notre droit civil reconnaissait formellement certains privilèges de ce genre Quand le législateur a créé et réglementé les privilèges généraux portant sur tous les biens du débiteur, il n'a pas excepté les créances et il faut bien en conclure qu'elles sont comprises dans cette affectation générale. Et puisque la nature du droit de créance ne fait pas obstacle à ce que ce droit soit affecté d'un privilège général, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait l'être d'un privilège spécial (2). D'ailleurs, il n'est pas impossible de trouver dans notre droit des privilèges spéciaux sur des créances. L'article 2102-3° du Code civil n'accorde-t-il pas un privilège au profit de ceux qui ont fait des frais pour la conservation d'une chose mobilière, et notamment pour assurer la conservation ou le recouvrement d'une créance? De même, les privilèges qui affectent le cautionnement des fonctionnaires publics et qui existent soit au profit des créanciers pour faits de charge, soit au profit des bailleurs de fonds, ne sont-ils pas des privilèges portant sur une créance de remboursement appartenant à ces fonctionnaires contre l'État? Et on pourrait

(1) *Revue critique*, année 1876, p. 571 et suiv. — La théorie de M. Labbé n'a pas été suivie parce qu'il l'a présentée dans des termes trop généraux, et lui a assigné un champ d'application illimité. Il est ainsi arrivé à créer des privilèges sans les appuyer sur un texte de loi. — Comp. Gény, *op. cit.*, p. 542.

(2) V. la liste des privilèges sur les créances donnée par M. Balleydrier, *Revue critique*, année 1886, p. 145 et suiv.

multiplier ces exemples ! Ils suffisent, à notre avis, pour nous permettre de décider avec M. Labbé que l'article 1753 du Code civil confère au bailleur un privilège sur la créance du sous-bailleur contre le sous-locataire.

A cela qu'objecte-t-on ? On répond que le mot privilège ne se trouvant pas dans l'article 1753 du Code civil, cette doctrine viole l'adage : « Pas de privilège sans texte ». Qu'importe que l'article 1753 ne contienne pas le mot privilège, s'il a pour but d'accorder au bailleur une situation privilégiée.

Nous venons d'examiner les rapports juridiques qui existent entre le bailleur et le sous-locataire, et nous avons rejeté la théorie de l'action directe. Nous devons maintenant pour compléter l'étude de ces rapports juridiques, rechercher comment le sous-locataire pourra agir contre le bailleur à raison des créances qui peuvent naître à son profit du sous-bail. Les auteurs qui accordent une action directe au bailleur contre le sous-locataire décident en vertu d'une juste réciprocité que le sous-locataire peut agir directement contre le bailleur (1).

Néanmoins la jurisprudence refuse cette action directe au sous-locataire, alors qu'elle l'accorde au bailleur, mais elle a varié sur cette question (2) qui n'est pas de nature du reste à se présenter fréquemment devant les tribunaux. Pour que le sous-locataire ait intérêt à agir contre le propriétaire, il faut qu'il ait à réclamer des dommages-intérêts

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 368, p. 493 ; Guillouard, *Louage,* t. I, n° 345.

(2) Un arrêt de la Cour de cassation du 31 juillet 1878 (S. 81.1.77), a refusé l'action directe au sous-locataire qui réclamait une indemnité à raison d'un trouble apporté à sa jouissance par des travaux exécutés par le propriétaire. — Mais voir en sens contraire : Cass., 8 novembre 1882, S. 84.1.333.

et que le sous-bailleur soit en faillite, et ce concours de circonstances se présentera assez rarement.

Au cas où il se présenterait nous n'accorderions au sous-locataire que le droit d'user de la faculté de l'article 1166. L'article 1753 accorde il est vrai au bailleur une situation privilégiée, mais nous n'avons pas un texte analogue qui nous permette d'étendre cette faveur au sous-locataire.

Passons maintenant à la situation réglementée par l'article 1798 du Code civil. Il convient en effet de rapprocher cette disposition législative de celle de l'article 1753, car elle paraît avoir été inspirée par les mêmes considérations. L'article 1798 déclare que, « les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou autres ouvrages faits à l'entreprise n'ont d'action contre celui pour lesquels les ouvrages ont été faits que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée ».

Ce texte a fait naître les mêmes difficultés que l'article 1753 et nous allons retrouver les deux tendances opposées que nous avons déjà signalées. Les uns voient dans l'article 1798 une simple application de l'article 1166. Les autres, au contraire, estiment que ce texte a pour but de faire aux ouvriers une situation plus favorable en leur accordant une action directe contre le propriétaire débiteur de l'entrepreneur. Quant à nous, nous croyons que les ouvriers ne pourront agir contre le propriétaire qu'en exerçant les droits de l'entrepreneur, mais nous leur reconnaîtrons un privilège sur la créance de l'entrepreneur contre le propriétaire, conformément à la doctrine de M. Labbé.

L'opinion qui ne veut voir dans l'article 1798 qu'une

application pure et simple de l'article 1166 nous paraît insoutenable (1). L'admettre c'est déclarer l'article 1798 dépourvu de toute utilité pratique, et il paraît absolument incontestable que le législateur ait voulu faire aux ouvriers une situation privilégiée. Cette solution est d'ailleurs conforme à la raison et à l'équité. Ce sont les ouvriers qui par leur travail ont fait naître dans le patrimoine de l'entrepreneur la créance qu'il a contre le propriétaire. N'est-il dès lors pas équitable que cette créance soit spécialement affectée au paiement de leurs salaires, et ne peut-on pas dire que les autres créanciers de l'entrepreneur les dépouilleraient d'une valeur sur laquelle ils doivent avoir un droit de préférence, si ces créanciers pouvaient obtenir leur paiement sur cette valeur. Mais ce point de départ admis, comment va fonctionner ce droit de préférence. Faut-il dire que les ouvriers ont une action directe contre le propriétaire ? C'est la théorie qui triomphe dans la doctrine et dans la jurisprudence (2), mais elle nous paraît inacceptable parce que cette conception va se heurter aux mêmes objections que celles qui ont été soulevées contre l'action directe du sous-locataire. Il est en effet impossible de justifier cette action directe en faisant intervenir l'idée de mandat : il est tout à fait arbitraire de dire que

(1) Cette doctrine a été soutenue par Delvincourt, t. III, p. 216 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, t. II, n° 1970 ; Planiol, *Précis*, t. II, nos 1969-1970.

(2) Aubry et Rau, t. IV, § 374, note 42 ; Duranton, t. XVII, n° 262 ; Guillouard, *Louage*, t. II, n° 898 ; Demolombe, t. XXV, n° 138 ; Marcadé, sur l'art. 1798 ; Troplong, *Du louage*, t. II, n° 1048. — La plus ancienne décision est un arrêt de Douai du 30 mars 1833 qui fonde l'action directe sur l'idée de gestion d'affaire : S. 33.2.536. Parmi les arrêts les plus récents, V. Trib. civ. Seine, 24 mars 1886, *Le Droit*, 2 avril 1886.

l'entrepreneur a agi en tant que mandataire des ouvriers. Quant à l'idée de gestion d'affaire qui est acceptée par la jurisprudence elle est aussi inacceptable, parce que l'entrepreneur, quand il a contracté avec le propriétaire, n'a nullement eu l'intention d'agir dans l'intérêt des ouvriers, mais bien dans son propre intérêt. Nous conclurons donc avec M. Planiol, que la jurisprudence « a fait sortir de l'article 1798 une institution extraordinaire que le législateur n'y a certainement pas mise. D'ailleurs, on a justement fait remarquer que cette action directe ne réaliserait qu'imparfaitement le but qu'on s'efforce d'atteindre. La théorie de l'action directe, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Walb, peut conduire à des difficultés qui paraissent insolubles, si l'on suppose qu'au même instant les ouvriers exercent contre le maître l'action directe de l'article 1166. Le maître ne peut pas être obligé de payer deux fois, c'est bien évident. Mais alors comment se régleront les droits respectifs des intéressés ? Si la loi voulait venir ici au secours des ouvriers, il n'y avait à notre avis qu'un moyen à employer : c'était de leur accorder un privilège sur la créance de l'entrepreneur contre le maître » (1).

Or nous croyons que tel a été précisément le but de l'article 1798, et nous reconnaissons aux ouvriers une action indirecte renforcée par un privilège sur la créance de l'entrepreneur contre le propriétaire. C'est la doctrine de M. Labbé, dont nous avons déjà admis l'application à propos de l'article 1783. Il faut décider de même pour l'article 1798, car il y a entre les deux hypothèses prévues par ces dispositions législatives une analogie incontestable.

Sans doute, on pourrait objecter ici encore que le mot

(1) *Traité du louage*, t. II, n° 1970. — Comp. sur « Les inconvénients de l'action directe » la thèse de M. Bœuf, n° 44.

privilège ne se trouve pas dans l'article 1798 ; nous reproduirons la réponse que nous avons déjà faite à cette objection. Qu'importe que le mot privilège ne figure pas dans le texte, si l'intention du législateur a été de placer les ouvriers dans une situation privilégiée. Aussi, bien que cette théorie n'ait pour elle qu'un petit nombre de suffrages dans la doctrine (1), quoiqu'elle soit rejetée par la jurisprudence, nous croyons que c'est la plus conforme à l'article 1798 du Code civil.

Nous venons d'examiner deux hypothèses où le droit conféré aux créanciers par l'article 1166 se trouve renforcé par un privilège sur leur créance. Nous ne croyons pas que ce soit les seuls cas où l'on puisse parler d'action indirecte privilégiée, et nous estimons qu'il pourra en être question toutes les fois qu'un créancier ayant un privilège sur la créance de son débiteur agira pour établir en justice le bien-fondé de cette créance.

Il nous reste une dernière question à trancher, celle de savoir si en l'absence d'un texte, on peut admettre au profit d'un créancier une action de cette nature. Qu'on le remarque, la question se pose dans les mêmes termes pour les auteurs qui parlent d'actions indirectes privilégiées et pour ceux qui parlent d'action directe. Quelle que soit l'expression employée, le but que l'on veut atteindre est toujours le même, c'est faire à certains créanciers une situation privilégiée, à l'égard des autres. Cette simple remarque suffit à votre avis pour trancher la question. En matière de privilège tout est de droit étroit, et l'on ne saurait raisonner par analogie. Il y a, il est vrai, de nombreuses

(1) Cette doctrine paraît acceptée non seulement par M. Labbé (*op. cit.*), mais encore par M. Colmet de Santerre, t. IX, n° 36 *bis*, II, et par M. Laurent, t. XXVI, n° 81.

hypothèses où il y aurait des raisons sérieuses pour créer au profit de certains créanciers une situation particulièrement favorable, mais quelque pressantes que soient les considérations d'équité à faire valoir en ce sens, elles viennent se briser à notre avis devant cet adage : « Pas de privilèges sans texte ».

Bien des auteurs, il est vrai, ne se sont pas cru liés par ce rigoureux principe et les partisans soit de l'une, soit de l'autre de ces doctrines, n'hésitent pas à allonger dans la plus large mesure la liste de ces hypothèses particulières où les droits des créanciers doivent être plus spécialement protégés. C'est ainsi que M. Labbé, inspiré par un esprit de large équité, accorde des privilèges à « tous ceux qui ont fourni volontairement et à leurs dépens les éléments d'un contrat d'où est sortie une créance au profit d'un tiers ». De même « celui qui en exerçant une action contre une personne qui est son obligée fait naître au profit de cette personne une action contre un tiers, doit avoir un privilège sur le produit de cette dernière action ». Cette théorie est ingénieuse et équitable. M. Planiol la déclare « profondément juridique » (1). Malheureusement elle est en contradiction avec ce principe certain que l'on ne peut créer des privilèges quand le législateur ne l'a pas fait. Il fait donc reconnaître que M. Labbé est allé trop loin, et sa tentative qui n'est pas sans mérites au point de vue législatif devait fatalement échouer (2).

(1) Planiol, *Précis*, t. II, n° 2601 et suiv. Cet auteur rattache à la théorie de M. Labbé la loi du 19 février 1889 qui aurait appliqué cette théorie à l'assurance du recours du voisin, et l'assurance du risque locatif.

(2) La doctrine de M. Labbé a été critiquée à ce point de vue par M. Bezin, thèse, n° 20, et Bœuf, thèse citée, n° 74. — V. aussi Gény, *op. cit.*, p. 542.

Néanmoins les auteurs qui préfèrent à la théorie de l'action indirecte privilégiée la théorie de l'action directe ont essayé d'aboutir au même résultat en raisonnant par analogie. C'est ainsi que bien des auteurs ne se contentent pas de donner au bailleur une action directe pour obtenir le paiement des loyers, mais ils lui accordent encore une action directe contre le sous-locataire pour obtenir la réparation du dommage causé par un incendie et la jurisprudence est en ce sens (1).

Bien mieux, la jurisprudence a, dans des hypothèses fort nombreuses, accordé des actions directes, alors que l'on ne pouvait même pas les justifier par des raisonnements d'analogie. C'est ainsi qu'en matière d'assurances la jurisprudence accorde dans des cas nombreux des actions directes. Pour n'en citer qu'un exemple, rappelons ce qui se passe en matière d'assurances collectives contre les accidents (2). Un patron assure ses ouvriers contre les accidents du travail et opère une retenue sur leurs salaires pour le paiement de la prime. Un ouvrier est blessé. Quelle va être sa situation ? Si nous appliquons les principes du droit commun nous dirons : le contrat d'assurance est par rapport à l'ouvrier *res inter alios acta*, et par conséquent il ne peut agir directement contre la compagnie. Il lui reste donc la seule ressource d'user de la faculté que

(1) Paris, 16 août 1872, S. 72.2.196 ; Amiens, 4 avril 1883, S.83.2.178 ; Cass., 13 janvier 1892, S. 92.1.89 ; Bastia, 15 février 1893, D. 93.2.327. — Il y a d'ailleurs des arrêts en sens contraire : Lyon, 26 décembre 1882, S.84.2.121 ; Toulouse, 7 février 1888, D. 90.2.97 et la note de M. Charles Dupuis.

(2) La question présente moins d'intérêt depuis la loi du 9 avril 1898 sur la responsabilité en matière d'accidents du travail, mais la question peut encore se présenter parce que le domaine de cette loi n'est pas illimité. — V. notamment Cass., 19 décembre 1900, D.1901.1.353 et la note.

lui confère l'article 1166. En vérité, cette conclusion n'est pas heureuse. Si, en effet, on suppose que le patron soit en faillite, l'ouvrier victime de l'accident n'obtiendra pas l'indemnité à laquelle il aurait droit, mais seulement un dividende à raison du concours des autres créanciers du patron. Pour éviter ce résultat inique, on a cherché à faire à l'ouvrier une situation privilégiée. Les uns ont songé à lui attribuer une action indirecte privilégiée qui le placerait en quelque sorte en dehors de la faillite (1), les autres ont préféré lui accorder une action directe. Mais pour justifier l'existence de cette action directe, bien des théories ont été proposées, et il n'y en a aucune qui ne soulève des objections. Les uns ont fait intervenir l'idée de mandat et vu dans le patron le mandataire des ouvriers (2). Mais cette conception n'est guère acceptable, parce que le patron contracte une assurance collective qui s'applique à tous ses ouvriers présents et futurs ; or comment ceux-ci auraient-ils pu donner au patron mandat d'agir en leur nom ? D'autres, et ce sont les plus nombreux, se rallient à l'idée de gestion d'affaire (3), et c'est aussi la doctrine qui paraît triompher dans la jurisprudence (4). Le patron a géré l'affaire des ouvriers et ceux-ci par leur participation au paiement des primes ont ratifié la gestion. D'autre part, la compagnie d'assurances a su que le patron agis-

(1) Tarbouriech, *Des assurances contre les accidents du travail.*

(2) Thaller, *Annales de droit commercial*, 1890, p. 113 et suiv.

(3) Sauzet, « Situation des ouvriers dans l'assurance collective contractée par le patron », *Rev. crit.*, 1886, p. 366 et suiv. ; Auzière, « Droits conférés à l'ouvrier par l'assurance collective contre les accidents », *Rev. crit.*, 1887, p. 450.

(4) Cass., 1er juillet 1885, S. 85.1.409 ; Paris, 30 octobre 1885, S. 86.2.49 ; Rennes, 22 mars 1887, S. 87.2.196 ; Paris, 22 juillet 1897, D. 98.2.94 ; Cass., 19 décembre 1900, D. 1901.1.353.

sait dans l'intérêt des ouvriers par cela même qu'il s'agissait d'une assurance contre les accidents. Il y a donc eu un accord tacite entre la compagnie et les ouvriers et cet accord suffit à justifier le lien de droit qui les unit.

A cette théorie, on a objecté que pour qu'il y ait gestion d'affaires, il faut que le gérant agisse au nom d'autrui. Or le patron agit dans son propre intérêt lorsqu'il contracte une assurance collective. Son but est d'éviter les actions en responsabilité émanant des ouvriers et d'attirer ceux-ci dans son industrie en leur offrant certains avantages qu'ils ne trouveraient pas ailleurs (1).

Aussi, d'autres explications ont été proposées ; on a fait intervenir la théorie de la stipulation pour autrui, mais cette doctrine se heurte encore à cette objection : le patron a stipulé pour lui-même, dans son intérêt, quoique au profit de l'ouvrier. Il n'y a donc pas là une véritable stipulation pour autrui.

Tous ces systèmes, sans compter ceux que nous n'énumérons pas, tendent à accorder aux ouvriers un véritable privilège. Ils sont très ingénieux, très équitables, mais ils se heurtent à cette règle fondamentale que les privilèges ne peuvent exister sans un texte qui les consacre.

Nous rejetons donc ces diverses théories et nous croyons qu'il faudra appliquer dans cette hypothèse, les principes du droit commun, c'est-à-dire accorder aux ouvriers l'usage de l'article 1166 (2).

Il résulte néanmoins de ces tentatives qui ont été faites,

(1) Cette critique a été combattue par Pilon, thèse de doctorat, précitée, et Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, t. II, n° 1344. Suivant ces auteurs, il n'est pas de l'essence de la gestion d'affaires que le gérant agisse au nom du géré.

(2) Il y a un certain nombre d'arrêts en ce sens : Douai, 15 février 1886, S. 87.2.89. — Comp. Labbé, notes S. 86.2.49 et S. 87.2.49.

qu'il y a une véritable tendance dans la doctrine comme dans la jurisprudence, à augmenter la liste déjà nombreuse des privilèges sur les créances. C'est là une indication précieuse et dont il appartient au législateur de tenir compte.

SECTION II. — Des actions directes.

Nous avons reconnu qu'il fallait admettre l'existence de certaines actions indirectes renforcées par un privilège sur les créances. Mais nous croyons qu'il existe aussi dans notre droit de véritables actions directes. Elles diffèrent des actions indirectes soit simples, soit privilégiées, en ce que les créanciers agiront non pas en vertu d'un droit dérivé, mais en vertu d'un droit propre. Mais ces actions directes présentent des aspects différents, et nous les distinguerons en deux catégories. Dans certains cas, en effet, il s'agit d'une action qui n'appartient qu'à un ou à plusieurs créanciers déterminés ; dans d'autres cas, l'action appartient à tous les créanciers du débiteur commun.

§ 1. — Des actions directes appartenant à certains créanciers.

Examinons d'abord les actions directes de la première catégorie. L'article 1994 nous en fournit un exemple : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la question : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. Dans tous les cas le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. »

Cet article réglemente la substitution en matière de

mandat. Primus donne à Secundus le mandat d'accomplir un acte quelconque en son nom. Secundus à son tour charge Tertius d'accomplir un acte à son lieu et place. Quels vont être les effets de cette seconde opération. La majorité des auteurs raisonnent de la façon suivante : si l'on appliquait les principes du droit commun, Primus mandant ne pourrait agir contre Tertius mandataire substitué qu'en vertu de l'article 1166 du Code civil. Il en résulterait nécessairement que le mandant au cas d'insolvabilité du mandataire devrait subir le concours des autres créanciers du mandataire. Mais le résultat serait profondément injuste, et le législateur n'a pas hésité à sacrifier un principe de droit à l'équité en accordant au mandant une action directe contre le mandataire substitué. Que telle ait été l'intention du législateur, ce n'est pas douteux, puisque l'article 1994 *in fine* affirme l'existence d'une action directe au profit du mandant contre le mandataire substitué. M. Guillouard déclare que cette action qui profite au mandant ne nuit à personne (1) et que cela suffit pour justifier cette dérogation au droit commun.

M. Huc a cependant présenté à propos de la substitution en matière de mandat une théorie qui lui est personnelle. Loin de voir dans l'article 1994 *in fine* une dérogation aux principes généraux du droit, il déclare qu'alors même que cette disposition législative n'existerait pas, la raison juridique conduirait à accorder au mandant une action directe contre le mandataire substitué (2). C'est que cet

(1) Guillouard, *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, n° 126, p. 458 ; Bandry-Lacantinerie et Wahl, *Contrats aléatoires, mandat, etc.* n° 581 ; Laurent, t. XXVII, n° 490. — M. Gaudemet, *op. cit.*, explique cette action directe par une stipulation tacite, p. 396.

(2) Huc, *Comment. théor. et prat. du C. civ.*, t. XII, n° 58.

auteur distingue, et non sans raison à notre avis, le cas où le premier mandataire a chargé un tiers de faire une chose qu'il aurait pu faire lui-même du cas où il y a réellement substitution. Pour qu'il y ait substitution, il faut que le mandataire substitué accomplisse « au nom du mandant » les actes que le mandataire était chargé d'accomplir. Le mot substitution implique donc que le substitué agit dans l'intérêt du mandant, et non dans l'intérêt du mandataire. Il n'y a pas un second mandat greffé sur un premier, mais bien un second mandat venant remplacer le premier. Si l'on veut bien admettre cette façon d'envisager l'opération, on décidera avec M. Huc que l'action directe du mandant est parfaitement conforme aux principes généraux du droit, car « il serait vraiment singulier qu'on puisse agir au nom de quelqu'un sans être soumis à l'obligation de lui rendre compte ».

L'action directe que l'article 1994 *in fine* accorde au mandat contre le mandataire substitué, implique l'existence d'une seconde action directe du mandataire substitué contre le mandant. C'est encore absolument conforme aux principes généraux du droit, car il y a entre le mandat et le substitué les mêmes rapports juridiques qu'il y a entre un mandat et un mandataire ordinaire. Tous les auteurs ainsi que la jurisprudence s'accordent du reste à reconnaître l'existence de cette seconde action directe (1).

On peut aussi voir dans l'article 133 du Code de procédure civile la source d'une action directe. Aux termes de cet article, « les avoués pourront demander la distraction des dépens à leur profit, en affirmant, lors de la pronon-

(1) Huc, n° 61 ; Guillouard, *op. cit.*, n° 128, p. 460 ; Aubry et Rau, t. IV, § 413, note 17 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 587. — V. aussi Trib. Seine, 23 novembre 1894, *Le Droit*, 30 décembre 1894.

ciation du jugement qu'ils ont fait la plus grande partie des avances. La distraction des dépens ne pourra être prononcée que par le jugement qui en portera condamnation ; dans ce cas la taxe sera poursuivie et l'exécutoire délivré au nom de l'avoué sans préjudice de l'action contre sa partie ».

Indiquons par un exemple quelle est l'utilité de cette disposition législative. Primus et Secundus sont en procès. L'avoué de Primus fait l'avance des frais et Secundus succombe et est condamné aux dépens. Si l'avoué de Primus a eu soin de demander la distraction des dépens, il pourra obliger Secundus à les lui rembourser directement. La situation de l'avoué serait différente s'il ne pouvait pas se prévaloir de l'article 133. Il ne pourrait agir que contre Primus son débiteur, à raison des avances qu'il a bien voulu faire, et il pourrait aussi se prévaloir de l'article 1166 pour agir contre Secundus au cas où Primus resterait dans l'inaction. Remarquons d'ailleurs, et la remarque est importante, qu'il n'aurait pas à subir le concours des autres créanciers de Primus, car il pourrait dans ces deux cas se prévaloir du privilège de l'article 2102-2° du Code civil.

L'article 133 n'a donc pas pour but de conférer à l'avoué distractionnaire un privilège sur la créance de son client contre le perdant du procès. Le droit commun suffisait pour reconnaître à l'avoué une action indirecte privilégiée, et l'article 133 a pour but de lui conférer un droit plus fort encore (1) ; ce droit consiste en ce que l'avoué ne pourra se voir opposer les exceptions que la partie perdante aurait pu opposer à son client, par exemple l'exception de compensation. Mais quelle est la nature juridique de ce droit.

(1) Garsonnet, *Traité de procéd.*, § 458, p. 200, t. 3.

Bien des explications ont été proposées (1). Sans entrer dans l'examen de chacune de ces explications, indiquons que, suivant certains auteurs, l'article 133 aurait pour but de conférer une action directe à l'avoué pour le soustraire à l'application de l'article 1166. C'est notamment la doctrine enseignée par M. Garsonnet (2).

En dehors de ces hypothèses où une action directe existe au profit d'une personne en vertu d'un texte de loi, on peut en concevoir d'autres, où l'action directe existera sans être consacrée par une disposition législative. C'est lorsque l'action sera volontairement cédée à un tiers par celui qui en est le titulaire, et c'est notamment ce qui se passe en matière de cession de bail. La cession de bail, qu'elle ait été reconnue ou non par le Code civil, se différencie de la sous-location, comme la vente se différencie du louage. Aussi tandis qu'on discute la question de savoir si le sous-locataire jouit d'une action directe contre le bailleur primitif, tous les auteurs s'accordent à reconnaître que le cessionnaire d'un bail peut agir directement contre le bailleur (3). C'est que la cession de bail a pour effet de transporter le droit de créance qui naît du bail sur la tête du cessionnaire.

(1) Elles sont énumérées par Garsonnet, *op. cit.* (1re édit.), t. 3, § 502 et suiv. — Voir aussi *Pandectes françaises. Répertoire* au mot : *Frais et dépens*, nos 1037-1055.

(2) Garsonnet, *Traité*, t. 3, § 503, *in fine*. Cette explication n'est pas d'ailleurs celle qui paraît triompher soit en doctrine, soit en jurisprudence, et l'on voit plutôt dans la distraction des dépens soit une délégation imparfaite, soit une saisie-arrêt. Ces différents systèmes aboutissent au même résultat : l'avoué ne peut se voir opposer les exceptions que le perdant du procès aurait pu opposer à son adversaire.

(3) Laurent, t. XXV, nos 209 et suiv. ; Guillouard, *Louage*, t. I, no 337 ; Huc, *Traité de la cession et de la transmission des créances*, t. I, no 207 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, t. I, no 852, etc. — V. aussi Cass., 31 juillet 1878, S. 81.1.77.

Celui-ci doit être considéré comme l'acheteur du droit de jouissance du preneur, et le preneur le lui a transmis avec l'action qui servait à le faire valoir. La réciproque ne serait d'ailleurs pas exacte, et l'on discute beaucoup la question de savoir si le bailleur primitif peut agir directement contre le cessionnaire. Nous ne le croyons pas, et nous lui accorderons seulement le droit d'agir en vertu de l'article 1166, c'est-à-dire d'exercer les droits du preneur, parce qu'il est resté étranger à la cession de bail, et que notre législation n'admet pas la cession de dettes. « Le cessionnaire, dit Laurent, achète les droits du preneur contre le bailleur, il n'achète pas ses obligations, car si l'on cède ses créances, on ne cède pas des dettes ; le cessionnaire n'est pas débiteur du bailleur, c'est le bailleur qui est débiteur du cessionnaire » (1). On peut regretter cette solution, mais c'est certainement la seule qui soit conforme aux principes généraux du droit (2).

(1) Laurent, t. XXV, n° 211 ; Huc, *Traité de la cession*, t. I, n° 207 ; Bezin, thèse de doctorat citée, n° 114. Sans insister sur cette question, indiquons que la jurisprudence accorde une action directe au bailleur contre le cessionnaire. Celui-ci doit être tenu des obligations du preneur, par cela même qu'il peut invoquer ses droits. En ce sens : Cass., 19 juin 1876, S. 76 1.465 et la note ; Cass., 29 juin 1885, S. 86.1.17 ; Paris, 22 juin 1894, D. 95.2.71. Dans le même sens : Aubry et Rau, t. IV, § 368, p. 492 ; Guillouard, *Louage*, t. I, n° 340 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, t. I, n° 853. — Quelques arrêts basent d'ailleurs l'action directe du bailleur sur le fait de l'occupation par le cessionnaire.

On a aussi tenté de justifier l'action directe du bailleur en faisant intervenir l'idée de stipulation pour autrui. V. en ce sens : Lambert, thèse de doctorat, *Du contrat en faveur des tiers*, p. 249 et suiv. ; Bœuf, thèse de doctorat précitée, n° 33 et suiv. ; Yver, thèse de doctorat précitée, p. 155. Mais comment admettre que le preneur ait eu l'intention de rendre le bailleur créancier ! Le preneur n'agit que dans son intérêt et pour utiliser des locaux qu'il ne peut plus occuper.

(2) Voir cependant Gaudemet, *op. cit.*, p. 407.

Nous citerons enfin une action directe qui présente beaucoup d'analogie avec celle qui existe au profit du cessionnaire contre le bailleur ; nous voulons parler de l'action en garantie qui existe au cas de vente au profit de l'acheteur contre les précédents vendeurs. Supposons donc qu'une chose ait été vendue plusieurs fois et que le dernier acheteur subisse une éviction. Il pourra certainement agir en garantie, de son chef, contre son vendeur immédiat ; il pourra également exercer du chef de son vendeur immédiat l'action en garantie que celui-ci peut intenter contre son propre vendeur. Mais il peut encore, sans user de la faculté que lui accorde l'article 1166 agir directement contre le vendeur de son vendeur. La doctrine et la jurisprudence (1) accordent cette action directe à l'acheteur, parce que tout vendeur est réputé vendre sa chose *cum omni causa,* c'est-à-dire avec les actions qui lui appartiennent à raison de cette chose.

On pourrait sans doute citer beaucoup d'autres cas où un créancier jouit d'une action directe ; nous n'essayerons pas de les énumérer ; notre but était seulement de montrer par quelques exemples qu'il y aurait là un type d'action distinct de l'action indirecte ordinaire et de l'action indirecte privilégiée. Nous allons voir enfin que l'action directe peut se présenter sous un aspect encore différent, et exister au profit de tous les créanciers d'un même débiteur.

§ 2. — Des actions directes qui existent au profit de tous les créanciers.

Ces actions sont fort nombreuses, et ici encore nous

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, n° 778 ; Planiol, *Précis*, t. II, n° 1556 ; Cass., 12 novembre 1884, S. 86.1.149.

n'avons pas la prétention de tenter une énumération, mais seulement d'indiquer qu'il y a là un type d'action distinct de ceux que nous avons déjà envisagés.

Parmi les actions de cette catégorie, celle qui vient la première à l'esprit, c'est l'action paulienne consacrée par l'article 1167 du Code civil. Tous les auteurs en effet opposent l'action paulienne à l'action indirecte. Ces deux actions ont, il est vrai, une base commune ; le droit de gage qui appartient à tous les créanciers sur les biens de leur débiteur. Mais il existe entre elles, on le prétend du moins, une différence que l'on a depuis fort longtemps mis en relief (1). Quand les créanciers usent de la faculté que leur confère l'article 1166, ils agissent du chef de leur débiteur, ils intentent une action qui lui appartient. Au contraire, les créanciers qui se prévalent de l'article 1167 agissent de leur propre chef, « en leur nom personnel » suivant les expressions employées par le législateur lui-même, et l'action qu'ils mettent en mouvement leur appartient en propre. « Le principe des deux actions n'est pas le même, dit M. Planiol ; l'une est directe et figure dans le patrimoine du créancier ; l'autre est oblique et figure dans le patrimoine du débiteur (2). » La raison d'être de cette différence c'est que les créanciers qui intentent l'action indirecte se présentent comme les ayants cause de leur débiteur et leur droit se mesure sur le sien, tandis que lorsqu'ils invoquent l'action paulienne, ils soutiennent que leur débiteur n'ayant pas agi de bonne foi,

(1) Nous verrons dans notre conclusion si cette différence existe réellement.

(2) Planiol, t. II, n° 340. — V. aussi sur cette distinction : Demolombe, t. XXV, n° 148 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des obligations*, t. I, n° 647.

les actes ne peuvent leur être opposés. L'intérêt de la distinction, c'est que le tiers défendeur peut opposer aux créanciers qui basent leur demande sur l'article 1166 les exceptions qu'il aurait pu opposer au débiteur, alors que ces exceptions ne pourraient pas être opposées aux créanciers qui invoquent l'article 1167.

Mais la question de savoir si le législateur a accordé aux créanciers une action directe, a parfois soulevé des difficultés. Sans insister longuement sur ce point, indiquons quelques-unes de ces controverses.

La question s'est posée à propos des actions en nullité du mariage. On peut poser en principe que les créanciers ne peuvent en vertu de l'article 1166 intenter une action de cette nature, appartenant à leur débiteur. Nous avons vu en effet, que les actions extra-patrimoniales ne font pas partie du domaine de l'article 1166. Mais est-ce à dire que les créanciers de l'un ou de l'autre époux ne pourront jamais demander la nullité du mariage? Nous ne le croyons pas. En effet, il résulte des articles 184, 187, 191 du Code civil que les mariages entachés d'une nullité absolue peuvent être attaqués « par tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel ». Ainsi le créancier d'une femme mariée pourra attaquer le mariage de celle-ci s'il est entaché d'une nullité absolue, afin d'obtenir le maintien d'un contrat passé avec elle et dont elle oppose l'inefficacité pour défaut d'autorisation maritale. De même un créancier pourra demander la nullité d'un mariage afin d'échapper aux conséquences du principe de l'inaliénabilité des biens dotaux (2).

(1) Aubry et Rau, t. V, § 461 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, n° 435 ; Demolombe, t. III, n° 305 ; Laurent, t. II, n° 494. — V. aussi Metz, 7 février 1854, D. 54.2.217 ; Cass., 5 mars 1855, S. 55.1.348 ; Rouen, 6 avril 1887, D. 89.2.17 ; Cass., 30 juillet 1900, D. 1901.1. 317.

Mais cette solution admise, à quel titre les créanciers agissent-ils ? Doit-on dire qu'ils se présentent comme ayants cause de leur débiteur et qu'ils agissent en vertu de l'article 1166 ? Non. Ils agissent en vertu d'un droit propre. Ils intentent une action directe que le législateur leur accorde en vertu des articles 184, 187, 191, parce qu'il veut dans l'intérêt de l'ordre public qu'un mariage infesté d'un vice entraînant sa nullité ne produise aucun effet.

Cependant cette distinction n'a pas été nettement faite par la jurisprudence, et les arrêts invoquent l'article 1166 du Code civil pour justifier le droit des créanciers. C'est ainsi que l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juillet 1900 déclare, que le droit de demander la nullité absolue d'un mariage ne figure pas parmi les droits exclusivement attachés à la personne, et invoque la généralité des termes de l'article 1166. C'est à notre avis une véritable erreur, car il n'y a pas à faire intervenir ici la théorie de l'action indirecte (1).

On a aussi discuté la question de savoir si les créanciers d'un époux peuvent demander la nullité d'une donation déguisée faite par cet époux à son conjoint, et si l'on admet l'affirmative (2), la question se pose de savoir si les créanciers agissent en vertu de l'article 1166 ou s'ils ont une action directe en vertu de l'article 1099. Nous croyons qu'il faut reconnaître aux créanciers une action

(1) En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 593.

(2) Colmet de Santerre, t. IV, n° 279 *bis* ; Demolombe, t. II, n° 615. — V. aussi Cass., 16 avril 1850, S. 50.1.591 ; Montpellier, 28 février 1876, S. 76.1.241 et la note D'autres auteurs distinguent suivant que le déguisement a pour but de faire fraude à la réserve, auquel cas l'action en nullité n'appartient qu'aux réservataires, ou à la règle de la révocabilité des donations entre époux. Dans ce dernier cas, ils accordent aux créanciers l'action en nullité.

directe, parce que la nullité édictée par l'article 1099 est une nullité basée sur l'ordre public, donc une nullité absolue. Le législateur s'est montré particulièrement sévère, parce qu'il s'agissait de maintenir la pureté et la dignité du mariage. La nullité étant absolue, elle peut être invoquée par tout intéressé, et les créanciers n'auront pas besoin de recourir à l'action indirecte ; il leur suffira de démontrer qu'ils ont intérêt à exercer l'action directe.

Nous avons vu également qu'il y avait controverse sur le point de savoir si les créanciers peuvent provoquer le partage d'une succession échue à leur débiteur en vertu d'un droit propre et d'une action directe que leur confère l'article 2205, où s'ils sont réduits à se prévaloir de l'article 1166.

De même, le Code de commerce accorde dans certains cas aux créanciers d'une personne le droit d'agir directement contre un tiers lorsque cette personne n'agit pas elle-même. Ainsi on reconnaît en général aux créanciers personnels d'un associé une action directe pour demander la nullité de la société à raison du défaut de publication. L'article 56 de la loi du 24 juillet 1867 qui reproduit l'ancien article 42 du Code de commerce déclare en effet, que les formalités de publicité sont prescrites à peine de nullité à l'égard des intéressés. Il suffira donc que les créanciers aient intérêt à ce que la nullité de la société soit prononcée pour qu'ils puissent la demander par une action directe et personnelle (1).

De même encore en matière de société en commandite simple ou par actions, on discute la question de savoir si les

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. II, n° 228 ; Houpin, t. II, n° 1023 ; Cass., 7 août 1893, *Pand. franç.*, 95.1.369 et la note de M. Chauveau ; Cass., 14 avril 1893, S. 1897.1.487.

créanciers sociaux qui poursuivent le versement des apports, agissent en vertu de l'article 1166, c'est-à-dire en exerçant l'action qui appartient à la société contre les commanditaires, ou de leur propre chef en vertu de l'action directe.

On a pu soutenir autrefois que les créanciers sociaux ne pouvaient agir qu'indirectement en exerçant les droits de la société, personne morale. On argumentait en ce sens de ce que le Code de commerce avait entendu ne créer aucun rapport entre les créanciers sociaux et les commanditaires (1). Mais l'opinion qui triomphe aujourd'hui tant en doctrine qu'en jurisprudence, c'est que les créanciers sociaux peuvent poursuivre directement le versement des apports des commanditaires. L'argument tiré du caractère occulte que présentait la société en commandite, soit dans notre ancien droit, sous l'empire de l'ordonnance de 1673, soit postérieurement, ne prouve rien puisque la société en commandite est soumise aujourd'hui à un régime de publicité. Les créanciers sociaux savent qu'il existe des commanditaires et comptent sur le versement de leurs apports. On peut donc bien dire que ces commanditaires sont directement obligés vis-à-vis des créanciers sociaux (2).

On pourrait multiplier ces exemples et citer d'autres

(1) On a aussi tenté d'établir une distinction. Tant que la société existe, les créanciers sociaux n'ont pas d'action directe parce qu'elle est représentée par le gérant chargé de poursuivre le versement des apports. Mais la société dissoute, il n'y a plus de personne morale et les créanciers peuvent agir directement sans recourir à l'action sociale.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Précis*, n° 473 ; Vavasseur, *Traité des sociétés civiles et commerciales*, t. I, n° 293 ; Cass., 4 janvier 1887, S. 90.1.387.

cas où les créanciers jouissent d'une action directe contre les débiteurs de leur débiteur. Ceux que nous avons cités suffisent à montrer que la doctrine et la jurisprudence tendent à donner le plus souvent possible aux créanciers une action directe.

Cette tendance s'explique aisément, car la conception de l'action directe paraît engendrer des conséquences plus avantageuses que celle de l'action indirecte. Ce sont ces avantages que nous allons maintenant essayer de préciser, en énumérant les différences qui séparent ces deux types d'actions.

A. — Au point de vue de la simplicité de la procédure l'action directe paraît de beaucoup supérieure à l'action indirecte. Si l'action directe était généralisée il ne pourrait plus être question de subrogation judiciaire, et nous avons vu que cette formalité ne pouvait dans notre droit actuel qu'alourdir la procédure et augmenter les frais. Il ne saurait plus être question de mise en cause du débiteur et ainsi seraient supprimées les difficultés relatives à l'intervention volontaire ou forcée du débiteur au procès.

B. — La généralisation de l'action directe ferait disparaître les difficultés qui s'élèvent souvent, ainsi que nous l'avons constaté, sur la question de savoir si les créanciers agissent comme ayants cause de leur débiteur ou comme tiers. En effet, puisqu'il n'y aurait plus qu'un seul type d'action, on n'aurait plus à rechercher si les créanciers peuvent agir directement ou suivant les règles du droit commun, c'est-à-dire indirectement.

C. — La généralisation de l'action directe aurait pour effet d'élargir le droit de gage qui appartient aux créanciers sur le patrimoine de leur débiteur. Leur droit porterait alors non plus seulement sur le patrimoine de leur dé-

biteur mais aussi dans une certaine mesure sur le patrimoine des débiteurs de leur débiteur. Ce serait là une phase nouvelle dans cette évolution que la notion du droit de gage a parcourue depuis l'antiquité. Restreint d'abord à la personne physique du débiteur, il s'est ensuite affirmé sur les biens du débiteur, et enfin il porterait aujourd'hui dans une certaine mesure sur les biens des débiteurs du débiteur.

D. — Réciproquement la notion de l'obligation serait-elle aussi élargie et assouplie, car il serait vrai de dire que la personne qui s'oblige envers un créancier s'oblige en même temps et dans une certaine mesure envers les créanciers de son créancier (1). Si d'ailleurs cette conception diffère dans une large mesure de la conception romaine qui analysait le rapport obligatoire en un lien étroitement personnel entre deux personnes déterminées, elle existe déjà au moins en germe dans la théorie de l'action indirecte : « Action directe ou non, remarque M. Thaller, quiconque s'engage court le risque de se voir inquiéter par un autre que sa contre-partie. L'ingérence des créanciers dans les actions de leur débiteur est un droit reconnu par l'article 1166 et auquel il ne dépend de personne de se soustraire » (2).

(1) Il est curieux de remarquer que dans le « Code général des biens » de 1888 pour la principauté de Monténégro on trouve dans le dernier chapitre intitulé : « De quelques maximes juridiques qui sans pouvoir modifier ni changer la loi peuvent en éclairer l'esprit et le sens » un article 1030 qui pose en termes formels le principe contraire. Cet article ainsi conçu : « Le débiteur de ton débiteur n'est pas pour cela ton débiteur » est la négation de toute action directe (traduction Rivière et Dareste).

(2) Thaller, *Annales de droit commercial*, année 1890, p. 116 (à propos de l'action directe des ouvriers dans l'assurance collective

E. — Une autre différence à signaler entre l'action indirecte et l'action directe est relative à l'attribution du produit de l'action. Nous avons vu que lorsque l'action indirecte était intentée normalement, c'est-à-dire quand le débiteur était mis en cause, le produit de l'action devait être réparti entre tous les créanciers. Ce n'est que lorsque le débiteur n'est pas mis en cause que le créancier poursuivant peut prétendre à un droit exclusif si les autres créanciers ne participent pas à la poursuite. Il semble que la généralisation de l'action directe conduirait à décider que le créancier poursuivant aura toujours un droit exclusif sur le produit de l'action. C'est là une conséquence du principe de la relativité des actes juridiques et des jugements à laquelle l'organisation de la déconfiture pourrait seule remédier. Mais nous verrons dans notre conclusion, qu'il n'est peut-être pas impossible de voir dans l'article 1166 une disposition législative dérogeant aux articles 1165 et 1351 et d'admettre la solution contraire.

F. — Signalons enfin une dernière différence entre ces deux actions en ce qui concerne les exceptions que le tiers poursuivi pourrait opposer au créancier agissant. Dans la théorie de l'action directe, il nous semble rationnel de décider que le tiers poursuivi ne pourrait opposer au demandeur que les exceptions inhérentes à la nature même du

contre les accidents). On peut remarquer que cette conséquence de l'action directe est assez conforme aux tendances de la doctrine moderne à assouplir la notion d'obligation. Ces tendances se manifestent surtout à propos de la cession de dette (Huc, *Traité de la cession*, t. I, n° 219 et suiv. et Gaudemet, *Etude sur le transport des dettes à titre particulier*, p. 354 et 357), et à propos de la stipulation pour autrui (Saleilles, *Etude sur la théorie de l'obligation d'après le premier projet du Code civil allemand* (2e édit.), p. 74, note 3 et 272, note 2).

CONCLUSION

SERAIT-IL POSSIBLE, EN L'ÉTAT ACTUEL DE NOTRE LÉGISLATION, D'AUTORISER LES CRÉANCIERS D'AGIR TOUJOURS DIRECTEMENT CONTRE LES DÉBITEURS DE LEUR DÉBITEUR.

Nous arrivons au terme de notre étude, mais avant de conclure jetons un coup d'œil en arrière. Nous avons voulu exposer la théorie de l'action indirecte telle qu'elle est conçue dans la doctrine. Nous n'avons même pas songé à en contester l'existence parce qu'il s'agit d'une théorie admise par tous les auteurs, acceptée par la jurisprudence et qui paraît reposer sur une base des plus solides. Cependant nous avons été frappé par les difficultés qu'elle fait naître, tant au point de vue de la réglementation de ses conditions d'exercice que de ses effets. Nous avons insisté sur les inconvénients qui résultent de l'absence de délai et de preuve et nous avons vu comment on avait cherché à les atténuer en subordonnant telle ou telle formalité de procédure. Nous avons aussi exposé sur les inconvénients qui résultent de la combinaison de principe posé par l'article 1166 du code civil avec le principe de la relativité des actes juridiques et des jugements. Nous avons pu ainsi rendre compte celle en étudiant les actions intentées par des créanciers, les actions devenues exercées par un seul ou par quelques-uns des créanciers, ou de tous les créanciers que la théorie de l'article 1166 du [illegible]

présenter une unité parfaite, et de répondre à tous les besoins de la pratique.

Aussi nous nous demandons s'il ne serait pas possible de substituer à la théorie de l'action indirecte une théorie nouvelle plus large et plus simple, et d'autoriser les créanciers à agir toujours directement contre les débiteurs de leur débiteur.

Nous ne pourrions certainement pas nous montrer aussi hardis si nous nous trouvions en présence d'une théorie législative. Mais, ne l'oublions pas, la théorie de l'action indirecte est une théorie purement doctrinale. Le législateur a enfermé sa pensée dans une formule concise et obscure et nous sommes bien dans un de ces cas, dont parle M. Gény (1), où « la défaillance et l'incertitude de la volonté législative ne permettant pas un développement éclairé du texte, il ne saurait y avoir place à l'interprétation proprement dite de la loi et où il faut recourir à une autre branche de la méthode. Ce n'est pas là méconnaître l'autorité du législateur, puisqu'il ne peut prétendre imposer une volonté qui n'ayant pas su naître consciente d'elle-même a manqué son but ». Nous avons déjà eu l'occasion de démontrer que l'interprétation avait quitté le terrain légal, quand nous avons recherché s'il était nécessaire de prendre parti sur la nature juridique de l'action indirecte. Nous avons admis qu'il fallait abandonner tout idée préconçue en cette matière et s'efforcer de réglementer les conditions d'exercice de l'action en conciliant et en respectant dans la plus large mesure possible les intérêts opposés du débiteur et des créanciers.... C'est encore la même doctrine que nous proposons ici. Etant donné que

(1) Gény, *op. cit.*, n° 106, p. 263.

la formule elliptique de l'article 1166 du Code civil rend nécessaire l'édification d'un système doctrinal, nous croyons qu'il faut le construire tout en respectant les textes de manière à satisfaire dans la plus large mesure les exigences de la justice et de l'utilité sociale. Or, nous l'avons vu, l'action indirecte ne donne pas satisfaction à ces exigences, et c'est précisément pour cela que nous nous demandons s'il ne serait pas possible de généraliser la conception de l'action directe.

Remarquons aussi pour justifier notre tentative que nous ne nous trouvons pas en présence d'une théorie élaborée depuis fort longtemps et que le législateur aurait entendu introduire dans notre Code civil en rappelant simplement le principe, comme il l'a fait pour la théorie de l'action paulienne. La théorie de l'action indirecte n'existait pas dans le droit romain, et si cette conception s'est affirmée dans notre ancien droit, il faut bien reconnaître que nos anciens auteurs ne l'ont jamais réglementée d'une façon bien précise et bien parfaite. L'action indirecte est donc une conception moderne créée de toutes pièces par les commentateurs du Code civil, et si elle passe aujourd'hui pour une théorie traditionnelle elle n'en est pas moins une construction artificielle reposant sur une base assez fragile.

Le nom même d' « *action indirecte* », qui n'était pas du reste employé dans notre ancien droit, paraît prêter à la critique. Pour le justifier il ne suffit pas de dire que « ce langage se comprend puisque les créanciers passent en quelque sorte par le patrimoine de leur débiteur pour atteindre le tiers quand ils agissent en vertu de l'article 1166 (1) ». En effet l'action, comme le droit, dont elle

(1) Planiol, *Précis*, t. II, n° 316, note 1.

n'est qu'une forme, consiste dans un rapport existant entre un ou plusieurs sujets actifs et un ou plusieurs sujets passifs. Or ce rapport met toujours en relation directe les sujets passifs et les sujets actifs. Toute action est donc en principe directe, et on peut même remarquer que l'épithète de *directe* n'ajoute rien au mot action (1). La conception de l'action indirecte apparaît donc comme contraire aux principes généraux du droit, et on ne peut se résoudre à l'accepter que si le législateur l'a admise d'une façon formelle. Mais le législateur a-t-il entendu l'admettre ? Il est permis d'en douter, car il est en effet impossible de trouver dans le Code civil un seul texte qui fasse allusion à une action indirecte ou oblique. Le seul argument que l'on pourrait faire valoir pour justifier cette dénomination, c'est que dans l'article 1994 du Code civil le législateur déclare « que le mandant peut agir *directement* contre la personne que le mandataire s'est substituée ». En se basant sur ce texte on pourrait dire que si le législateur parle dans l'article 1994 d'une action directe, c'est qu'il a entendu établir quelque part une action indirecte.

Mais c'est là un argument *a contrario* et l'on connaît la valeur des arguments de ce genre. D'ailleurs, pour lui reconnaître quelque force probante, il faudrait encore démontrer que le législateur en écrivant l'article 1994 a entendu se reporter à l'article 1166 et qu'il a établi une certaine opposition entre ces deux textes. Or la démonstration serait, croyons-nous, difficile.

Ce n'est pas seulement l'expression « action indirecte » qui est absente du Code civil, c'est aussi la théorie tout entière que l'on a élaborée sur l'article 1166 de ce Code, et

(1) Comp. Bezin, thèse de doctorat, *Essai sur la nature juridique de quelques actions dites directes*, n° 28.

c'est ce que nous allons essayer de démontrer. Voyons donc comment procèdent les auteurs pour établir l'existence de cette action. Le procédé employé est le même pour tous et on peut le résumer ainsi :

On expose le principe de la relativité des conventions, principe contenu dans l'article 1165 de notre Code. On remarque que ce principe nous vient du droit romain, par l'intermédiaire de Pothier (1) et qu'il est d'une simplicité élémentaire. Les conventions ayant leur base dans le consentement des parties, ne peuvent produire des effets à l'égard des tiers qui n'ont pas, par leur consentement, concouru à la formation de ces conventions. On explique ensuite ce qu'il faut entendre par le mot *tiers* qui vise tous ceux qui n'ont pas été parties à la convention ou qui n'y ont pas été représentés, et on en conclut que les ayants cause universels des parties contractantes (héritiers, donataires et légataires universels, créanciers chirographaires) ne sont pas des tiers. On recherche alors si le législateur n'a pas entendu apporter certaines exceptions au principe général posé par l'article 1165, et après avoir mentionné celles qui dérivent des articles 1121 du Code civil (stipulation pour autrui) et des articles 507 et 516 du Code de commerce (concordat), on en arrive à l'examen des articles 1166 et 1167 du Code civil.

Faut-il voir dans ces textes des exceptions au principe posé par l'article 1165 du Code civil ? On pourrait le croire, car le mot « *néanmoins* » annonce bien une première dérogation au principe et le mot « *aussi* » de l'article 1167 en annoncent bien une seconde ! On prétend cependant qu'il n'en est rien et qu'il n'y a là qu'une appa-

(1) *Traité des obligations*, n° 87.

rence, car les articles 1166 et 1167, loin d'être des exceptions au principe posé par l'article 1165, ne sont qu'une suite logique et un développement de ce principe. Que font en effet les créanciers quand ils invoquent l'article 1167 ? Ils attaquent une convention frauduleuse passée par leur débiteur. Ils soutiennent qu'ils n'ont pas été représentés par lui et ils se réclament de leur qualité de tiers (1).

Que font les créanciers quand ils se prévalent de l'article 1166 ? Ils invoquent une convention à laquelle leur débiteur a été partie, et c'est là précisément une pure application de cette règle que les conventions profitent aux créanciers, ayants cause universels des parties contractantes. Dans le premier cas, les créanciers agissent en vertu d'une action directe. Dans le second cas, au contraire, ils mettent en mouvement les droits de leur débiteur ; ils sont obligés de passer par son patrimoine pour atteindre les tiers qu'ils poursuivent : ils agissent donc bien indirectement.

Tel est brièvement résumé l'exposé de la théorie traditionnelle telle qu'elle est acceptée par les auteurs (2).

Pour être unanimement admise cette doctrine ne nous paraît pas moins critiquable. Elle supprime purement et simplement le mot *néanmoins* de l'article 1166, et le mot *aussi* de l'article 1167. Il nous semble cependant que par ces expressions le législateur entendait sans doute attri-

(1) On a cependant soutenu que les créanciers se présentent comme les ayants cause de leur débiteur, même lorsqu'ils invoquent l'article 1167. En ce sens : Debrand, thèse de doctorat, 1890, *De la notion de tiers*, n° 262.

(2) Demolombe, t. XXV, n° 46 ; Laurent, t. XVI, n° 382 ; Huc, t. VII, n° 182 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, n° 587, etc.

buer à ces deux dispositions législatives un caractère exceptionnel qu'il faudrait expliquer. N'est-ce pas au texte même de la loi qu'il faut tout d'abord demander la révélation de la pensée du législateur ? « La loi, dit M. Gény, étant le produit de l'activité consciente et réfléchie de son auteur, non seulement celui-ci a dû se représenter exactement la règle qu'il entendait établir, mais il doit être supposé également avoir choisi avec réflexion et préméditation les mots qui traduisissent fidèlement sa pensée et son vouloir » (1). Il ne suffit donc pas d'affirmer avec M. Demolombe (2) que cette expression « néanmoins » n'est pas très exacte « et qu'elle n'a été pour les rédacteurs du Code qu'une sorte de transition », et l'on peut se demander si c'est par le législateur ou par les commentateurs du Code que l'inexactitude a été commise.

On peut remarquer aussi que la doctrine traditionnelle assigne aux créanciers des rôles très différents suivant qu'ils invoquent l'article 1166 ou l'article 1167 et il est permis de s'en étonner. En effet, le législateur paraît bien avoir rapproché à dessein ces deux dispositions législatives et leur avoir reconnu la même nature juridique ainsi qu'en témoigne le mot « aussi » de l'article 1167. La différence que l'on veut établir entre ces deux actions paraît donc absolument arbitraire.

Elle paraît d'autant plus arbitraire qu'elle est en réalité fondée sur un argument *a contrario* dont la valeur est fort contestable. De ce que l'article 1167 déclare que les créanciers agissent « en leur nom personnel » quand ils

(1) Gény, *op. cit.*, n° 101, p. 240.

(2) Demolombe, t. XXV, n° 46. Les autres auteurs, Laurent, Huc, par exemple, se contentent aussi de dire que le mot « Néanmoins » est de trop et le suppriment sans justifier cette suppression.

intentent l'action paulienne, on conclut qu'ils agissent au nom de leur débiteur quand ils invoquent l'article 1166. Mais pourquoi cette différence qui paraît contraire au texte de la loi ? On répond : parce qu'alors les créanciers se présentent comme les ayants cause de leur débiteur.

Nous croyons au contraire que les créanciers agissent en qualité de tiers non seulement lorsqu'ils invoquent l'article 1167, mais aussi lorsqu'ils invoquent l'article 1166. Cette solution est celle de la loi elle-même : « On remarquera, dit M. Planiol, que les créanciers chirographaires... sont implicitement rangés parmi les tiers par l'article 1165. En effet, après avoir formulé la règle d'après laquelle les conventions ne nuisent, ni ne profitent aux tiers, la loi nous présente comme deux exceptions à cette règle dans l'article 1166 la faculté reconnue aux créanciers d'exercer les droits et actions de leur débiteur et dans l'article 1167 l'action paulienne. Il semble que *la loi ait vu dans le premier de ces articles un cas où la convention profite à un tiers qui exercera à la place de la partie le droit né du contrat*, et dans le second un cas où la convention lui nuirait s'il ne l'attaquait point » (1).

A notre avis, c'est bien là la pensée du législateur. M. Planiol ajoute, il est vrai, qu'il ne peut en être ainsi « parce que les créanciers sont des ayants cause et non des tiers ». Mais c'est à tort qu'on oppose ces deux termes. Le mot *ayant cause* doit être opposé au mot *auteur*, et le mot *parties* doit être opposé au mot tiers. Le mot *tiers* ne comprend pas seulement ceux qui n'ont jamais eu de rapports juridiques avec les parties, c'est-à-dire les tiers *penitus extranei* à qui l'acte juridique est totalement étranger ; il

(1) Planiol, *Précis*, t. II, n° 1227, p. 368.

comprend aussi ceux qui soit dès maintenant, soit dans l'avenir entreront en relations juridiques avec les parties, et en ce sens la qualité de tiers des créanciers chirographaires paraît incontestable (1).

Nous pouvons conclure de ces observations que la conception de l'action indirecte n'est pas conforme à la pensée du législateur ; mais il ne suffit pas de faire la critique négative de la théorie traditionnelle, et nous allons maintenant tenter de démontrer que l'article 1166 du Code civil autorise les créanciers à agir directement contre les débiteurs de leur débiteur. Pour justifier cette affirmation envisageons les textes autour desquels gravite la théorie que nous étudions, c'est-à-dire les articles 1165, 1351 et 1166 du Code civil.

L'article 1165 déclare que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et qu'elles ne peuvent nuire ni profiter aux tiers. Ce principe qui paraît fort simple à première vue a été cependant mal interprété à notre sens, et les commentateurs lui ont en général reconnu une portée trop absolue. Si on l'appliquait à la lettre il conduirait à des conséquences que bien des auteurs et la jurisprudence repoussent ; aussi croyons-nous qu'il est possible de traduire la pensée du législateur dans la formule suivante : « Les conventions ne peuvent ni créer, ni enlever des droits ou des obligations au profit ou au détriment des

(1) Comp. Cuny, thèse de doctorat, 1889, *Des tiers*, p. 2 et suiv. et p. 30. Cet auteur remarque très justement que si ceux-là seuls étaient des tiers qui restent complètement étrangers à l'acte, il serait impossible de comprendre pourquoi le législateur protège les droits des tiers, pourquoi on retrouve dans plusieurs articles du Code cette expression : « sans préjudice des droits des tiers », notamment dans les articles 790, 1238, 1338 du Code civil.

tiers (1) ». Si l'on n'acceptait pas cette interprétation, il serait impossible d'admettre certaines solutions que tous les auteurs considèrent comme indiscutables. Ainsi le contrat de mariage lorsqu'il est fait conformément à la loi, est opposable aux tiers et peut être invoqué par eux (2). Personne ne le conteste, bien que cette solution soit contraire au principe posé par l'article 1165 si on le prend à la lettre. Supposons encore qu'une femme débitrice de Primus se marie sous le régime dotal et contracte une dette vis-à-vis d'un nouveau créancier, Secundus. La situation des deux créanciers sera toute différente. Primus créancier antérieur au contrat de mariage pourra saisir les biens dotaux, tandis que Secundus créancier postérieur au contrat de mariage se verra opposer le principe de l'inaliénabilité des biens dotaux (3). Pourquoi cette différence ? Il est difficile de l'expliquer, si l'on attribue au principe posé par l'article 1165 une portée absolue. Si au contraire on accepte l'interprétation que nous en avons donnée, on dira que le contrat de mariage n'a pu enlever un droit qui existait en tant que droit acquis au profit du créancier Primus sur tout le patrimoine de sa débitrice.

Ce que nous venons de dire à propos de l'article 1165

(1) L'article 1165 du Code civil a été en effet inspiré par ce passage de Pothier : « L'obligation qui naît des conventions ou le droit qui en résulte étant formés par le consentement et le concours des volontés des parties, elle ne peut obliger un tiers ni donner de droit à un tiers dont la volonté n'a pas concouru à former la convention » (n° 87). — Comp. sur l'interprétation de l'article 1165 : Lévy, thèse de doctorat, 1896, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, n° 50.

(2) Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *Contrat de mariage*, t. I, n° 192.

(3) Baudry-Lacantinerie, Lecourtois et Surville, *Contrat de mariage*, t. III, n°s 1671 et 1677.

du Code civil, nous pouvons le répéter à propos de l'article 1351 du même Code. Ces deux dispositions traduisent la même pensée et posent le même principe, l'une en ce qui concerne les conventions, l'autre en ce qui concerne les jugements. Le sens de cet article est donc celui-ci : « Les jugements ne peuvent ni créer, ni enlever des droits ou des obligations au profit ou au détriment des tiers ». C'est la seule interprétation qui paraisse conforme aux exigences de la justice et de l'utilité sociale. C'est la seule qui respecte certaines solutions admises par la jurisprudence et les auteurs. Ainsi la doctrine (1) et la jurisprudence (2) admettent que le revendiquant qui produit un acte de vente ou un jugement reconnaissant comme sa propriété l'immeuble revendiqué, doit triompher dans son action, bien que le défendeur n'ait pas été partie au contrat ou au procès. La convention et le jugement sont opposables au défendeur parce qu'ils ne le privent d'aucun droit, et il n'y a là aucune atteinte au principe de la relativité des actes juridiques et des jugements, si l'on veut bien interpréter ce principe ainsi que nous l'avons fait.

Nous avons donc établi le sens des articles 1165 et 1351 du Code civil. Ils signifient qu'une convention ou un jugement ne peuvent créer un droit ou une obligation, ou supprimer un droit ou une obligation au profit ou au détriment d'un tiers.

(1) Aubry et Rau, t. II, § 219, p. 321 ; Demolombe, t. XXIX, n° 286 ; Garsonnet, 1re édit., t. III, § 466 et la note 1. — *Contrà* : Lacoste, *De l'autorité de la chose jugée*, n° 738 et suiv. ; Laurent, t. IV, n° 159.

(2) Cass., 22 juin 1864, S. 64.1.349 ; Cass., 21 mars 1894, D. 94.1. 240. — Voir aussi sur cette question la thèse de M. Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*.

C'est à ce principe que l'article 1166 du Code civil apporte une dérogation ainsi que l'indique de la façon la plus claire le mot : « Néanmoins ». En quoi consiste cette dérogation ? En ce que cette disposition législative fait produire à la convention passée entre un débiteur et son créancier un droit au profit des créanciers du débiteur. Primus et Secundus font une convention. Cette convention ne saurait être invoquée par les créanciers de Primus qui sont des tiers si l'article 1166 ne le leur permettait. Et que l'on ne dise pas qu'ils peuvent exercer les droits de leur débiteur parce qu'ils sont ses ayants cause. Sans doute, la qualité d'ayants cause aura bien pour conséquence de les faire profiter ou souffrir indirectement de cette convention suivant qu'elle augmentera ou diminuera le patrimoine de leur débiteur, leur gage. Mais cette convention ne pourrait pas produire des effets directs en leur personne, créer à leur profit un droit. L'article 1165 s'y oppose et il était nécessaire que l'article 1166 vînt y déroger. C'est à ce point de vue que nous nous plaçons quand nous disons que les créanciers sont des tiers. L'article 1166 du Code civil a donc bien pour but de transporter sur la tête des créanciers le droit né du contrat au profit du débiteur quand celui-ci ne l'exerce pas. Les créanciers exerceront donc le droit, comme le débiteur l'aurait exercé lui-même, c'est-à-dire qu'ils agiront directement contre le débiteur de leur débiteur.

La conception de l'action directe paraît donc émaner de l'article 1166 du Code civil qui n'est pas un développement du principe posé par l'article 1165 du même Code, mais une dérogation à ce principe conforme à l'esprit de la loi ; la conception de l'action directe nous paraît aussi découler naturellement de certaines interprétations qui

ont été données de l'article 1166 du Code civil. Nous avons vu, il n'y a qu'un instant, que M. Planiol aurait interprété ce texte législatif comme consacrant une action directe s'il ne s'était laissé arrêté par une remarque à laquelle il attribue une valeur exagérée. Il nous serait facile de démontrer de même que si certains auteurs avaient été logiques avec eux-mêmes, ils auraient substitué la conception de l'action directe à celle de l'action indirecte. Et ceci s'applique notamment à M. Huc, qui voit dans l'article 1166 *un transport forcé* (1) des droits et actions du débiteur au profit des créanciers, *une cession* de droits résultant au profit d'un tiers d'une disposition législative. Or, l'idée de cession implique l'existence d'une action directe au profit du cessionnaire contre le débiteur cédé. Quand il s'agit d'une cession volontaire, personne ne conteste que le cessionnaire puisse agir directement. Pourquoi en serait-il autrement quand cette cession s'opère en vertu de la volonté toute puissante du législateur? S'il fallait insister sur ce point, nous pourrions rappeler ce que nous avons dit à propos de l'action directe que la cession de bail engendre au profit du cessionnaire contre le bailleur originaire. Tous les auteurs admettent sans hésitation l'existence de cette action directe, et M. Huc est de ce nombre. Mais alors ne sommes-nous pas en droit de demander : Pourquoi une action directe quand il s'agit d'une cession volontaire? Pourquoi une action indirecte quand il s'agit d'une cession légale ?

De même que l'idée de *cession*, l'idée de *subrogation* implique, à notre sens, l'existence d'une action directe, et

(1) Huc, *Traité de la cession et de la transmission des créances*, II, n° 71, p. 110.

nous nous demandons comment les auteurs qui ont vu dans l'article 1166 la consécration d'une *action subrogatoire* et qui ont fait de cette disposition législative le siège d'une *théorie de la subrogation* n'ont pas été amenés à substituer à la conception de l'action indirecte, la conception de l'action directe. Tous les auteurs en effet n'admettent-ils pas en matière de paiement que le tiers subrogé peut recourir directement contre le débiteur subrogeant ? Et cette action directe existe, remarquons-le, qu'il s'agisse de subrogation conventionnelle ou de subrogation légale. Ainsi nous arrivons à cette constatation qui pourra peut-être paraître paradoxale, mais qui n'est pas moins l'expression de la vérité, c'est que l'interprétation que donnent certains auteurs, de l'article 1166 du Code civil, est en contradiction absolue avec la conception de l'action indirecte qu'ils acceptent.

Conforme à l'esprit de la loi, aux interprétations diverses qui ont été données de l'article 1166, la conception de l'action directe nous paraît aussi tout à fait conforme à un passage des travaux préparatoires, passage que nous avons déjà cité, mais que nous reproduisons encore ici parce qu'il nous paraît concluant en faveur de notre doctrine. Voici en effet ce que nous dit Bigot de Préameneu dans son exposé des motifs : « C'est leur *action directe* que les créanciers intentent ; ils ne représentent pas la personne de leur débiteur » (1). Nous avons déjà indiqué qu'il résulte très nettement de ce passage que le créancier n'agit pas comme le représentant de son débiteur quand il invoque l'article 1166. Mais ne peut-on pas en conclure aussi que le créancier agit en vertu d'une action directe et que les rédacteurs du Code civil n'ont jamais admis la conception d'une action indirecte ? Notre thèse est donc conforme non

seulement à la pensée du législateur, telle qu'elle paraît résulter du texte de la loi, mais aussi aux travaux préparatoires.

Ajoutons encore qu'elle rend très justement compte du mot « aussi » de l'article 1167, mot qui reste inexplicable dans la théorie traditionnelle, et de la corrélation indéniable que le législateur a entendu établir entre cet article et celui qui le précède. En effet,dans les deux cas la situation des créanciers est la même. Une convention est passée entre Primus et Secundus.Cette convention d'après le droit commun ne peut créer un droit en la personne des créanciers de Primus. Sans doute elle peut indirectement leur profiter ou leur nuire, en ce sens que leur droit de gage peut se trouver renforcé ou diminué, mais elle ne peut créer à leur profit un droit nouveau.

Eh bien ! A ce principe le législateur apporte une double dérogation. Par l'article 1166 il déclare que si Primus n'use pas du droit que la convention a créé à son profit, ce droit va passer à ses créanciers qui en useront à sa place. La convention fait donc naître le droit en principe en la personne de Primus et subsidiairement, pourrait-on dire, en la personne des créanciers de Primus.

Dans l'article 1167, le législateur déclare que les créanciers pourront faire rescinder une convention à laquelle ils n'ont pas été parties, quand cette convention sera entachée de fraude. C'est donc le caractère frauduleux de la convention qui va faire naître en la personne des créanciers le droit de demander la rescision. C'est la seconde dérogation au principe de l'article 1165.

La généralisation de l'action directe nous semble donc

(1) Fenet, t. XIII, p. 238 et notre thèse, p. 117.

possible en l'état actuel de notre législation. Nous avons déjà indiqué qu'elle nous paraissait désirable.

On objectera peut-être que, le créancier agissant directement contre le débiteur de son débiteur, il faudra toujours lui reconnaître un droit exclusif au produit de l'action et que cette conséquence n'est pas conforme au principe de l'égalité qui doit exister entre les créanciers.

Nous reconnaissons volontiers qu'il y aurait là un inconvénient, mais ne pourrait-on pas soutenir que l'article 1166, par cela même qu'il déroge à l'article 1165 du Code civil déroge aussi à l'article 1351 de ce Code? Ces deux articles en effet traduisent une même pensée du législateur, et posent un même principe, l'un à l'égard des conventions, l'autre à l'égard des jugements. C'est là un point sur lequel nous avons assez insisté pour qu'il nous soit permis de ne pas y revenir. Cette doctrine nous paraît donc très acceptable, et, si elle était admise, on serait amené à dire que le jugement rendu sur l'action directe intentée par le créancier poursuivant serait opposable au débiteur direct et aux autres créanciers. Cette solution serait avantageuse pour tous les ccréaniers quand le demandeur aurait gain de cause. Elle ne serait pas contraire à l'équité si le créancier poursuivant succombait dans sa demande. En effet, le débiteur direct, les cocréanciers auraient pu eux-mêmes intenter la poursuite ; ils auraient pu intervenir au procès. Ils ne l'ont pas fait parce qu'ils n'ont pas cru leurs intérêts menacés, et ils ne peuvent par conséquent se plaindre de l'issue du procès. Qu'on le remarque : nous arrivons ainsi au même résultat que les auteurs qui acceptent l'idée de représentation, mais notre doctrine présente cet avantage de ne pas faire intervenir une fiction qui a été certainement étran-

gère à la pensée des rédacteurs du Code, ainsi qu'en témoigne l'exposé des motifs de Bigot de Préameneu.

Ainsi comprise la généralisation de l'action directe nous paraît heureuse et possible. Pour la réaliser il n'est pas nécessaire de bouleverser les articles du Code civil, mais de respecter leurs formules et de tenir compte des travaux préparatoires. Peut-être la conception nouvelle que nous proposons soulèvera-t-elle des objections que nous n'avons pas prévues. Si elles sont irréfutables et si notre interprétation ne peut être acceptée, nous aurons eu du moins le mérite d'avoir cherché à introduire un peu plus de justice dans la théorie de l'action indirecte dont nous avons pu constater les nombreuses imperfections.

Vu :
Le Président de la thèse,
Ch. CÉSAR-BRU.

Vu :
Le Doyen,
G. BRY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
BELIN.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

BIBLIOGRAPHIE VII

INTRODUCTION 1

CHAPITRE PREMIER. — **Origine, fondement et but de l'action indirecte** 7

SECTION I. — *Fondement et origine* 7
SECTION II. — *But* 28

CHAPITRE II. — **Y a-t-il lieu de déterminer la nature juridique de la faculté accordée aux créanciers par l'article 1166 du Code civil** 41

SECTION I. — *Exposé et critique de la doctrine qui voit dans l'action indirecte un acte conservatoire* 44
SECTION II. — *Exposé et critique de la doctrine qui voit dans l'action indirecte une voie d'exécution* 47
SECTION III. — *Exposé et critique de la doctrine qui voit dans l'action indirecte un acte plus grave qu'un acte conservatoire et moins grave qu'un acte d'exécution* 55
SECTION IV. — *Exposé de la méthode de la jurisprudence* . . . 57

CHAPITRE III. — **Conditions d'exercice de la faculté accordée aux créanciers par l'article 1166 du Code civil** 60

SECTION I. — *Conditions de fond* 61

A. — Conditions résidant dans la personne du créancier 62
§ 1. — Le créancier doit avoir qualité 62
§ 2. — Il doit avoir intérêt à agir 72

B. — Conditions résidant dans la personne du débiteur 82
§ 1. — Le débiteur doit être titulaire du droit exercé. . 82
§ 2. — *Quid* de la capacité d'ester en justice ? 83

Section II. — *Conditions de forme* 85

§ 1. — De la subrogation judiciaire. 86
§ 2. — De l'intervention forcée du débiteur à l'instance introduite par le créancier (mise en cause et assignation en déclaration de jugement commun) 106

CHAPITRE IV. — **Des effets de l'exercice par les créanciers des droits et actions de leur débiteur.** 113

Section I. — *L'article* 1166 *implique-t-il nécessairement l'idée de representation* ? 114
Section II. — *Etude des rapports juridiques engendrés par l'exercice de l'action indirecte*. 122

§ 1. — Rapports juridiques existant entre le créancier poursuivant et le tiers poursuivi. 122
§ 2. — Rapports juridiques existant entre le créancier poursuivant et son débiteur direct. 137
§ 3. — Rapports juridiques existant entre le tiers poursuivi et le débiteur dont le droit est exercé . 143
§ 4. — Rapports juridiques existant entre le créancier poursuivant et les autres créanciers du débiteur commun 148

CHAPITRE V. — **Domaine de l'article 1166 du Code civil** . 163

Section I. — *Des droits qui ne sont pas compris dans la règle posée par l'article* 1166 *du Code civil*. . . . 170

§ 1. — Droits relatifs à l'Etat des personnes 172
§ 2. — Des actions *vindictam spirantes* 177
§ 3. — Théorie des facultés 183
§ 4. — Des droits d'option 193

Section II. — *Des droits qui sont compris dans la règle de l'article* 1166 210

SECTION III. — *Des droits qui sont compris dans le domaine de l'exception. — Des droits exclusivement attachés à la personne du débiteur* 222

CHAPITRE VI. — **Des cas où la faculté accordée par l'article 1166 aux créanciers passe à une personne qui les représente** 238

§ 1. — Faillite du débiteur 238
§ 2. — Liquidation judiciaire du débiteur 244
§ 3. — Déconfiture du débiteur 246
§ 4. — Décès du débiteur 250
A. — L'acceptation bénéficiaire de sa succession. 251
B. — La vacance de sa succession. 257

CHAPITRE VII. — **De l'action indirecte au point de vue de la législation comparée.** 259

§ 1. — Législations qui n'ont pas soumis les non-commerçants au régime de la faillite et qui contiennent des dispositions analogues à notre article 1166 263
§ 2. — Législations qui ont soumis les non-commerçants au régime de la faillite civile et qui ne contiennent aucune disposition analogue à notre article 1166 265
§ 3. — Législation qui admet le principe de l'action indirecte et réglemente la faillite des non-commerçants. 270

CHAPITRE VIII. — **Des cas où les créanciers jouissent d'une situation privilégiée par rapport à celle qui leur est faite par l'article 1166 du Code civil** 273

SECTION I. — *Des actions indirectes privilégiées.* 274
SECTION II. — *Des actions directes.* 293

CONCLUSION — La généralisation de l'action directe est-elle possible en l'état actuel de notre législation ? 308

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).